BHS VIII A II 2-4

Rechtslexikon.

Vierter Band.

Erbvertrag — Güteverſuch.

Rechtslexikon

für

Juriſten aller teutſchen Staaten

enthaltend

die geſammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

Prof. Dr. **Arndts** in München; Appellationsgerichtspräſident Dr. **Beck** in Leipzig; Advocat **Bopp** in Darmſtadt; Regierungsrath **Buddeus** in Leipzig; Advocat **Gans** in Celle; Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Domherr, Ordinarius ꝛc. Dr. **Günther** in Leipzig; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobſon** in Königsberg; Hofgerichtsrath Dr. von **Jagemann** in Freiburg; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Prof. Dr. **Luden** in Jena; Prof. Dr. **Maurenbrecher** in Bonn; Reichs- und Staatsrath von **Maurer** in München; Prof. Dr. **Michaelis** in Tübingen; Geheimen-Rath ꝛc. Dr. **Mittermaier** in Heidelberg; Oberappellationsrath Dr. **Pfeiffer** in Kaſſel; Geh. Juſtizrath Prof. Dr. **Puchta** in Berlin; Prof. Dr. **Reyſcher** in Tübingen; Prof. Dr. **Richter** in Marburg; k. k. Appellationsrath Dr. **Tauſch** in Klagenfurt; Canzler ꝛc. Dr. von **Wächter** in Tübingen; Prof. Dr. **Weiß** in Gießen; Prof. Dr. **Wilda** in Breslau; Prof. Dr. **Witte** in Halle; O.-J.-Rath von **Zirkler**, Mitglied des k. w. Staatsgerichtshofes ꝛc. in Tübingen und Anderen,

redigirt

von

Dr. Julius Weiske,

Profeſſor in Leipzig.

Vierter Band.

Erbvertrag — Güteverſuch. (Ende des Buchſtaben G.)

Leipzig, 1843.

Verlag von Otto Wigand.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Der Titel dieſes Werkes: „Rechtslexikon“, ſcheint Manchen zu der Anſicht zu verleiten, als ſei es die Aufgabe deſſelben, jedes in der juriſtiſchen Sprache vorkommende Wort, etwa nach Art eines Fremdwörterbuches, „um ein augenblickliches Bedürfniß zu befriedigen“, anzugeben. Daß dieß jedoch nicht der Zweck ſei, wurde ſchon in den erſten Ankündigungen des Unternehmens (ſiehe auch Vorwort zum erſten Bande) ausgeſprochen. Ja wir möchten behaupten, die Ausführung eines ſolchen Planes müſſe ein ganz anderes, in ſeiner Art gleichfalls verdienſtliches Werk, zu Tage fördern. Nehmen wir nur das einheimiſche Recht alter und neuer Zeit und berückſichtigen wir dabei die Verſchiedenheiten der einzelnen Gegenden, ſo liefert dieß einen faſt unerſchöpflichen Reichthum juriſtiſcher Wörter; auch leugnen wir gar nicht, daß es wünſchenswerth wäre, ein Werk zu beſitzen, welches dieſe alle der Buchſtabenfolge nach aufzählte und ihre verſchiedenen wie gleichlautenden Bedeutungen

feſtſtellte. Daß aber ein ſolches Werk ein ganz anderes als das hier vorliegende wäre, ſieht Jedermann ſogleich ein. Wir können alſo darauf keinen Anſpruch machen, jedes juriſtiſche Wort aufzunehmen und ſeiner rechtlichen Bedeutung nach zu erläutern. Wir haben uns auch immer mehr überzeugt, daß ſelbſt das Zertheilen der einzelnen Rechtslehren in ſo viel einzelne Artikel als möglich, oder als etwa einzelne juriſtiſche Stichworte bei ihnen in Betracht kommen könnten, dem Unternehmen nicht förderlich ſein würde. Denn abgeſehen davon, daß wir den geehrten Mitarbeitern derartige kleine, unbedeutende Arbeiten kaum zumuthen könnten, würden der Wiederholungen, um doch den Zuſammenhang des einzelnen Artikels mit der ganzen Lehre anzudeuten u. ſ. w., gar zu viele werden, und der, dem es daran gelegen iſt, die ganze Lehre vor ſich zu haben, würde ſich nicht befriedigt finden. Auch könnte dann kaum von einer wiſſenſchaftlichen Bedeutung des Einzelnen und Ganzen die Rede ſein. Wir wünſchen das ganze Unternehmen vielmehr als ein ſolches betrachtet zu ſehen, welches, ſo viel als möglich, das geſammte geltende Recht in einzelnen, der Buchſtabenfolge nach geordneten, kleineren und größeren Abhandlungen oder Monographien darſtellt. Sollte dabei doch dieſes oder jenes überſehen ſein, ſo werden wir es ſehr dankbar annehmen, wenn wir darauf aufmerkſam gemacht werden. — Daß zuweilen ein Artikel auf einen anderen verwieſen wird, unter dem man ihn zunächſt nicht ſucht, hat in den bei ſolchen Unternehmungen unvermeidlichen Zufällen und Umſtänden meiſt ſeinen Grund. Da aber dem Ganzen ein vollſtändiges Inhaltsverzeichniß beigegeben werden ſoll, ſo wird es

dann leicht, den Gegenſtand, ſo wie auch das einzelne Wort, dem kein beſonderer Artikel gewidmet iſt, aufzufinden. — Bei einem Unternehmen, wie das gedachte iſt und an deſſen Ausführung ſo Viele theilnehmen, wäre es gewiß höchſt ſchwierig, alle Artikel in demſelben Geiſte und derſelben Richtung, oder derſelben Schule angehörig, zu liefern. Wir würden dieß aber, wenn es auch ausführbar wäre, nicht einmal für erſprießlich halten, weil dann in dem Ganzen eine einſeitige Richtung vorwalten müßte. Eine ſolche, wenn man ſie ſo nennen will, iſt aber für ein Werk dieſer Art nicht nöthig, und es unterſcheidet ſich hierdurch eben von einer ſyſtematiſchen Darſtellung des geſammten Rechtes. Es gewinnt aber auch das juriſtiſche Publicum durch den eingeſchlagenen Weg inſofern, als den Einen, ſeinem Bedürfniſſe und ſeiner Richtung nach, dieſe, den Anderen jene Artikel mehr anſprechen; ja es kann ſogar erwünſcht ſein, wenn derſelbe Gegenſtand in verſchiedenen Artikeln von verſchiedenen Geſichtspunkten aufgefaßt wird Das Rechtslexikon kann und ſoll ja kein zweites Citirgeſetz ſein. — So wie nicht jedes juriſtiſche Wort, ſo ſoll auch nicht jede rechtsgeſchichtliche Frage erörtert werden, und dieß zwar theils deßhalb, weil vom Anbeginne des Unternehmens daſſelbe auf das poſitive geltende Recht im weſentlichen beſchränkt ward, theils deßhalb, weil die Aufnahme aller rechtsgeſchichtlichen Lehren den Umfang des Werkes zu ſehr ausdehnen würde. Das philoſophiſche Recht ſelbſtſtändig und ausführlich zu beſprechen, iſt einmal aus den angegebenen Gründen, dann aber auch deßhalb unterblieben, weil die philoſophiſchen Syſteme zu ſehr von einander abweichen und ſich

entgegenſtehen. — Sollte man endlich einzelne Artikel nicht practiſch genug finden, ſo ſteht uns darüber natürlich kein Urtheil zu; indeß müſſen wir doch bemerken, daß practiſche Juriſten, welche im weſentlichen nur mit Verwaltungs-, Polizei- oder Geldgeſchäften zu thun haben, ſchon den Gegenſtänden nach durch das Rechtslexikon nicht befriedigt werden können.

J. W.

Erbſchaft, hereditas, heißt das Vermögen eines Verſtorbenen, inſofern von dem Eintreten anderer Perſonen in daſſelbe, welche in Beziehung darauf die Perſon des Verſtorbenen repräſentiren, die Rede iſt. Aber auch das rechtliche Verhältniß ſelbſt, in welchem dieſe (die Erben) als ſolche ſtehen, wird Erbſchaft genannt, das Recht der Erbfolge, oder das Recht desjenigen, der Erbe geworden iſt. So wird hereditas definirt als successio in universum ius quod defunctus habuit[1]), d. i. ipsum ius successionis[2]); dieſe ſogenannte ſubjective Bedeutung des Wortes iſt aber freilich eng verflochten mit jener erſt angegebenen (ſogen. objectiven) Bedeutung[3]), weil der Vermögensnachlaß des Verſtorbenen eben mit Rückſicht auf das Recht der Nachfolge in daſſelbe juriſtiſch als Einheit aufgefaßt und hereditas genannt wird[4]). Treffend aber wird die hereditas in jenem Sinne bezeichnet als successio in universum ius defuncti; ſie iſt nicht blos eine acquisitio per universitatem, obwohl ſie unter dieſem Geſichtspunkte in dem Inſtitutionenſyſteme aufgeführt wird[5]); ſie beſteht nicht blos in einem Ueberkommen der ſämmtlichen Rechte des Verſtorbenen, successio in omnia iura; ſie iſt der Eintritt in die ganze rechtliche Stellung deſſelben, rückſichtlich ſeiner Vermögensverhältniſſe, inſoweit dieſe nicht ihrer beſonderen Natur nach durch den Tod erlöſchen[6]). Das eigentliche Weſen der Erbſchaft iſt dieſes, daß der

---

1) L. 24. D. de V. S. L. 62. D. de R. J.

2) L. 1. §. 1. D. de div. rer. (1. 8.) cf. §. 1. J. de reb. corp. et incorp. (2. 2.)

3) L. 208. D. de V. S. cf. L. 3. pr. D. de bon. poss. (37. 1.)

4) Vgl. Arndts, Beiträge I., S. 16—18.

5) §. 6. J. per quas personas. (2. 9.) cf. pr. J. de legatis (2. 20.) Cai. II. 97. 98. Nur acquisitio per universitatem war die per adrogationem oder in manum conventione. Cai. III. 82 — 84. cf. tit. J. de acquis. per adrog. (3. 10.) Ein anderer Fall: §. 1. J. de succ. sublat... ex SC. Claudiano. (3. 12.)

6) L. 3. §. 3. D. quib. mod. ususfr. amitt. (7. 4.) tit. J. de perpetuis et temp. act. et quae ad heredes et in heredes transeunt vel non. (4. 12.) L. 13.

Erbe die vermögensrechtliche Perſon des Verſtorbenen juriſtiſch in ſich aufnimmt und fortlebt; daher iſt bei dem Begriffe derſelben zunächſt gänzlich zu abſtrahiren von einzelnen wirklichen Vermögensverhältniſſen, und es kann eine Erbſchaft gedacht werden nicht nur ohne irgend einen ſichtbaren körperlichen Gegenſtand, der zu derſelben gehöre[7]), und nicht nur mit einem Uebergewicht der Laſten (Paſſiva) über die Vortheile (Activa)[8]), ſondern auch ohne irgend ein dem Verſtorbenen wirklich zugeſtandenes Vermögensrecht, ja, wenn man die Sache auf die Spitze treiben will, ſelbſt ohne Exiſtenz irgend eines activen oder paſſiven Vermögensverhältniſſes, in welchem der Verſtorbene wirklich geſtanden habe[9]), in welchem Falle die Erbſchaft freilich ohne Inhalt iſt, wenn ſich auch ſpäter nicht durch neue Umſtände, z. B. durch Erfüllung einer Bedingung, ein Recht oder eine Verbindlichkeit für den im Erben fortlebenden Erblaſſer ergibt. Allgemeine weſentliche Vorausſetzung iſt nur, daß der Verſtorbene Vermögensfähigkeit, die Fähigkeit beerbt zu werden, gehabt habe[10]). Kraft des ſo ausgebildeten Begriffes der Erbfolge iſt alſo der Erbe (heres) Herr (herus) aller derjenigen Sachen, welche dem Verſtorbenen bei ſeinem Tode gehörten, oder jetzt gehören würden, wie dieſer ſelbſt es geweſen und jetzt noch ſein würde; er iſt Subject aller Vermögensrechte und Verbindlichkeiten deſſelben, wie dieſer ſelbſt es war oder wäre, und die Klagen aus dieſen Vermögensverhältniſſen (hereditariae actiones) können direct mit ihrer vollen Wirkung gegen ihn oder von ihm ebenſo verfolgt werden, wie ſie gegen den Erblaſſer oder zu Gunſten deſſelben ſtattfinden würden[11]), während ihm zum Schutz dieſes ſeines Erbverhältniſſes im Ganzen genommen, ſeiner rechtlichen Qualität als Erbe, eine eigene Klage gegeben iſt, hereditatis petitio, die nicht hereditaria actio iſt[12]).

Charakteriſtiſch tritt das Weſen der Erbſchaft beſonders darin hervor, daß, ſo lange nach dem Tode ein beſtimmter Erbe noch nicht eingetreten iſt, einſtweilen die Hereditas ſelbſt als juriſtiſche Perſon betrach-

---

pr. D. de iniur. (47. 10.) L. 4. D. de calumniat. (3. 6.) L. 14. D. de in ius voc. (2. 4.) u. a. vgl. Mühlenbruch, Pand., §. 610, 611.

7) L. 50. pr. D. de hered. pet. (5. 3.) Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.

8) Damnosa hereditas. L. 119. D. de V. S.

9) Vgl. Huſchke, im Rhein. Muſ., Bd. 6, S. 272.

10) Daher konnten nach älterem Rechte überhaupt homines alieni iuris, nach Juſtinianiſchem Rechte Sclaven keine Erben haben. L. 6. pr. D. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 2. §. 3. D. unde legitimi. (38. 7.) L. 4. Cod. commun. de succ. (6. 59.)

11) Cf. Cai. IV. 34.

12) Arndts, Beiträge, Bd. 1, S. 57. Ebenſo wenig kann die actio familiae erciscundae eine hereditaria actio genannt werden. (Mayer, Erbr., Bd. 1, S. 50.) Hereditariae actiones ſind nur die in der Erbſchaft enthaltenen Klagrechte, wie res hereditariae, servi hereditarii, die in der Erbſchaft enthaltenen Sachen, welche durch dieſelbe auf den Erben übergehen. Die hereditatis petitio und familiae erciscundae actio ſind Klagen, die der Erbe nicht durch die Erbſchaft bekommt, ſondern wegen derſelben hat.

tet wird [13]), und zwar repräſentirend die Perſon des Verſtorbenen [14]). So bleiben alle vererblichen Rechte und Verbindlichkeiten des Verſtorbenen beſtehen, obwohl es zur Zeit an einem phyſiſch oder außer der Erbſchaft exiſtirenden Subjecte derſelben fehlt. Die Hereditas iſt Eigenthümerin der Erbſchaftsſachen [15]), die alſo nicht anders, als in dem Sinne, wie res universitatis überhaupt, res nullius genannt ſein können [16]). Derſelben können auch Sachen oder Rechte erſt erworben werden, z. B. durch Acceſſion [17]), durch Vollendung einer angefangenen Erſitzung [18]), durch Delicte, welche in Beziehung auf Erbſchaftsſachen begangen werden, z. B. damnum iniuria datum [19]), jedoch nicht durch Furtum, als welches von den noch nicht in Beſitz genommenen Sachen der Erbſchaft nicht begangen wird [20]); auch durch Verträge, inſofern ſie durch einen Vertreter der Erbſchaft im Namen derſelben wirkſam abgeſchloſſen worden [21]). Bei den Römern waren beſonders bedeutend die Erwerbungen durch Erbſchaftsſclaven (servi hereditarii), welche ex persona dominae, d. i. heredi-

---

13) L. 22. D. de fideiussor. (46. 1.) hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium.

14) §. 2. J. de hered. instit. (2. 14.) L. 31. §. 1. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 34. D. de acquir. dom. (41. 1.) hereditas non heredis personam sed defuncti sustinet. L. 116. §. 3. D. de legatis I... hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur. In L. 24. D. de novat. (46. 2.) heißt es zwar nach der florentiniſchen Lesart: transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet; aber unbedenklich iſt dieſer vorzuziehen die Lesart: ad heredem illius (sc. Titii), cuius personam etc.

15) L. 31. §. 1. cit. L. 61. D. de acquir. dom. L. 1. §. 1. D. si is qui test. liber. (47. 4.) L. 15. pr. D. de interrogat. in iure. (11. 1.)

16) L. 1. pr. D. de div. rer. (1. 8.) res hereditariae nullius in bonis sunt.... publicae res nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur. Cf. L. 13. §. 5. D. quod vi. (43. 24.) Nur verglichen wird der herrenloſen Sache die res hereditaria auch in L. 6. D. expilatae hereditatis (47. 19.)

17) L. 20. §. 3. L. 25. §. 20. L. 27. D. de hereditatis pet. (5. 3.)

18) L. 30. pr. D. quib. ex caus. maiores. (4. 6.) L. 31. §. 5. L. 40. D. de usurp. et usucap. (41. 3.) — Sed haec iure singulari recepta sunt nach L. 44. §. 3. D. l. c., weil die Uſucapion eigentlich Fortſetzung des Beſitzes erfordert, Beſitz aber als etwas Factiſches, das einen natürlichen Willen vorausſetzt, der Hereditas nicht zugeſchrieben wird. L. 23. pr. D. de poss. (41. 2.) L. 1. §. 15. D. si is qui test. lib. (47. 4.)

19) L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquiliam. (9. 2.) Legem domino damna salva esse voluisse; dominus ergo hereditas habebitur. Cf. L. 15. pr. L. 43. D. ibid. — Vgl. auch L. 13. §. 5. D. quod vi. (43. 24.) Sogar auch die iniuriarum actio kann der Hereditas erworben werden. L. 1. §. 6. D. de iniuriis. (47. 10.)

20) L. 68—70. D. de furtis. (47. 2.) L. 2. D. expilatae hered. (47. 19.) Vgl. Arndts, im Rhein. Muſ., Bd. 2, S. 132. Wächter, in dieſem Lexikon, Bd. 3, S. 384.

21) Z. B. durch einen negotiorum gestor, ſofern überhaupt aus dem Geſchäft deſſelben dem dominus negotii utilis actio gegeben wird; denn zunächſt wird hier freilich nur der gestor ſelbſt der Hereditas obligirt, L. 21. §. 1. D. de negot. gest. (3. 5.); auch durch einen Curator, wenn etwa ein ſolcher für die Hereditas angeordnet iſt.

tatis, quae defuncti personam sustinebat, überhaupt Erwerbgeſchäfte abſchließen[22]) und ſogar, inſofern nur der Erblaſſer testamenti factio gehabt hatte, zu Erben eingeſetzt und mit Vermächtniſſen bedacht werden konnten [23]). Auf der anderen Seite kann die Hereditas auch obligirt werden, z. B. durch negotiorum gestio [24]). Die Perſonification der Hereditas hat den Zweck, den Uebergang des universum ius auf den Erben zu vermitteln, wo dieſer, wie gewöhnlich, nicht ſofort im Zeitpunkte des Todes eintritt. Nach dieſem vorübergehenden Zwecke beſtimmt ſich auch ihr Umfang. Vollkommen erklärt es ſich daher, daß der Hereditas nicht, wie anderen juriſtiſchen Perſonen[25]), der Uſusfructus erworben werden kann [26]). Es wäre abſurd, ihr dieſen beizulegen in ihrer Eigenſchaft als Repräſentantin des Verſtorbenen, wenn der dieſem ſelbſt zuſtehende Uſusfructus erlöſchen müßte durch deſſen natürlichen Tod; es ginge über den Zweck jener Fiction hinaus, wollte man die Hereditas jacens als ſolche, im Gegenſatze gegen die natürliche Perſon des Erblaſſers, und nur für die Dauer ihrer Exiſtenz als ſolcher, alſo auch im Gegenſatze gegen die Perſon des künftigen Erben, den Uſusfructus erwerben laſſen; und unmöglich iſt es, den Uſusfructus ſchon im Voraus mit Beziehung auf den künftigen Erben als natürliche Perſon entſtehen zu laſſen, weil dieſer noch unbeſtimmt, der Uſusfructus aber, welcher einer natürlichen Perſon zuſteht, gar nicht daſſelbe Recht iſt, als der einer anderen natürlichen Perſon zuſtehende [27]). So iſt auch die Erbfähigkeit niemals der Hereditas jacens gleich anderen juriſtiſchen Perſonen beigelegt

---

22) L. 33. pr. §. 2. L. 61. D. de acquir. dom. (41. 1.) L. 44. §. 3. D. de usucap. (41. 3.) L. 16. D. de o. et a. (44. 7.) (Vgl. Arndts, Beiträge, Bd. 1, S. 208—216.) L. 29. D. de captivis. (49. 15.) pr. J. de stipulation. serv. (3. 17.) L. 1. §. 29. D. depositi. (16. 3.) L. 11. §. 2. D. de acceptilatione. (46. 4.)

23) L. 31. §. 1. L. 52. D. de hered. instit. (28. 1.) L. 16. §. 3. D. de legatis. I. Bei Erbeinſetzungen war dieß zunächſt nur von Bedeutung in Betreff der Giltigkeit, wozu testamenti factio im Zeitpunkte der Teſtamentserrichtung erforderlich war; zum wirklichen Erwerb durch den eingeſetzten Sclaven gehörte der Befehl der Antretung, den erſt der Erbe ertheilen konnte. L. 61. D. de acquir. dom. Dagegen Vermächtniſſe wurden auch die legati cedente ſofort der Hereditas erworben, wobei nur zu bemerken, daß dies ususfructus vel usus legati non prius cedit, quam cum quis iam frui possit, daher hier personam domini exspectari, qui uti et frui possit. L. 1. §. 2. D. quando dies ususfr. (7. 3.) L. 16. §. 1. 2. D. quando dies legati. (36. 2.) Cf. L. 33. D. de acquir. dom.

24) L. 3. pr. §. 6. L. 21. §. 1. D. de negot. gest. (3. 5.) quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat. Vgl. auch L. 77. D. de V. O. (45. 1.) Bei Savigny, Syſtem des R. R., Bd. 2, S. 369, Note n, ſcheinen mir dieſe Stellen, wie auch L. 1. §. 6. D. de iniur. (47. 10.), nicht ganz am paſſenden Orte angeführt zu ſein; ſie ſtänden beſſer unter Note o, da ſie ſich auf Sclavenerwerb nicht beziehen.

25) L. 56. D. de ususfr. (7. 1.) Vgl. oben Bd. 3, S. 68 a. E.

26) L. 61. §. 1. D. de acquir. dom. (41. 1.) L. 26. D. de stipulat. serv. (45. 3.) Vgl. Note 23 a. E.

27) Eine Inconſequenz in Anſehung des einem Erbſchaftsſclaven legirten Uſusfructus ergibt ſich nach Juſtinian's Deciſion in L. 17. D. de ususfr. (3. 33.) vgl. mit L. 33. D. de acquir. dom. (41. 1.)

worden [28]). Ein Argument gegen die juriſtiſche Perſönlichkeit derſelben kann daraus um ſo weniger abgeleitet werden, als ja auch die Erbfähigkeit der Corporationen nur allmälig in weiterem Umfange anerkannt worden iſt [29]). Dennoch hat ſich in neueſter Zeit eine gewichtige literariſche Autorität gegen jene Idee erklärt [30]). Nur zur Erleichterung civilrechtlicher Erwerbungen durch Sclaven ſoll jene Fiction im römiſchen Rechte aufgeſtellt, daher für unſer heutiges Recht unbrauchbar ſein, weil es ſolchen Erwerb überall nicht mehr kennt. Die natürliche Auffaſſung ſoll vielmehr dieſe ſein, daß man die ruhende Erbſchaft als Vermögen eines einſtweilen noch unbekannten Herrn anſehe, der aber doch einmal werde bekannt werden. Allein es mag wahr ſein, daß die Rückſicht auf den Sclavenerwerb den römiſchen Juriſten zur theoretiſchen Durchbildung unſeres Satzes den praktiſchen Antrieb gegeben habe; daß ſie bei dieſer einzelnen Anwendung der fraglichen Fiction ſtehen geblieben, läßt ſich nach den oben benutzten Stellen nicht behaupten, und wäre der ſonſtigen Verfahrungsweiſe der römiſchen Juriſten nicht gemäß [31]). In der That iſt auch dieſe Theorie der Sache ſelbſt ganz angemeſſen, ja, wie gewöhnlich, aus dieſer heraus entwickelt. Denn ſoll das Vermögen nicht zur Zeit herrenlos ſein, ja, ſoll nur ein Vermögen als beſtehend gedacht werden, ſo muß ein Subject in demſelben als Träger der Vermögensverhältniſſe fingirt werden, da gegenwärtig ein ſolches phyſiſch nicht exiſtirt und der künftige Erbe nicht nur unbekannt, ſondern noch unbeſtimmt iſt [32]). Wo aber ein phyſiſch nicht exiſtirendes Rechtsſubject fingirt wird, da iſt eine juriſtiſche Perſon vorhanden; dieſer Vorſtellung kann auch die gegne=

---

28) Savigny a. a. O. S. 365. Es kann jedoch nach Juſtinianiſchem Rechte der künftige Erbe als incerta persona zum Erben eingeſetzt und dadurch derſelbe Erfolg herbeigeführt werden, als ob die Hereditas ſelbſt giltig eingeſetzt wäre, inſofern doch erſt der Erbe auch dieſe Erbſchaft antreten könnte; §. 27. J. de legat. (2. 20.) vgl. Note 23, und man wird darnach die Einſetzung der Hereditas eben als Einſetzung des künftigen Erben auszulegen haben. Nur wird hierbei Teſtamentsfähigkeit des noch ungewiſſen Erben vorausgeſetzt, während bei der Einſetzung der Hereditas jacens, wenn ſie giltig wäre, nur auf die testamenti factio des Erblaſſers zu ſehen wäre und erſt zur Zeit des Erwerbes auch die Erwerbfähigkeit des Erben in Betracht kommen würde. Savigny S. 367, 368.

29) Vgl. oben Bd. 3, S. 70 und im Art. Erbeinſetzung.

30) Savigny a. a. O.

31) Vgl. beſonders die Stellen in Note 13, 18, 19, 22, 24, und ſelbſt Savigny S. 369, Note n, o. In L. 33. §. 2. D. de acquir. dom. könnte man, wie in L. 16. D. de o. et a. „per traditionem“ interpolirt halten für „per mancipationem“ oder „mancipio.“ Aber daß auch per traditionem der Erbſchaftsſclave für die Hereditas erwerben konnte, ſofern Beſitzerwerb ignorante domino möglich war, beweiſen L. 29. D. de captivis. (49. 15.) L. 15. pr. D. de usucap. (41. 2.) cf. L. 1. §. 5. D. de poss. (41. 2.) Uebrigens läßt ſich in den Quellen ſelbſt wohl ein Fortſchritt in der Anwendung unſrer Fiction erkennen. Vgl. z. B. L. 43. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) mit L. 13. §. 2. ibid. L. 13. §. 5. D. quod vi. (43. 24.)

32) Vgl. vorzüglich Puchta in der Recenſ. von Savigny's Syſtem Bd. 2, in Richter's und Schneider's krit. Jahrb., Bd. 4, S. 701—715.

riſche Anſicht nicht entgehen, die in Wahrheit nur den Satz: hereditatem defuncti personam sustinere umkehrt in dieſen: hereditatem futuri heredis personam sustinere. Daß nur jener, nicht dieſer Satz, inſofern er nicht daſſelbe bedeuten ſoll, richtig ſei, iſt von ſelbſt klar, da ja auch wer wirklich Erbe geworden iſt, den Verſtorbenen repräſentirt, deſſen vermögensrechtliche Perſon, wenn ſie auf den Erben übergehen ſoll, man nicht wolle auch erſt ſterben laſſen, um ſie dann, durch Antretung der Erbſchaft, von den Todten wieder aufzuerwecken. Erwirbt der Berufene die Erbſchaft, ſo geht dadurch die in dieſer noch lebende vermögensrechtliche Perſönlichkeit des Verſtorbenen auf ihn über, und eben darum wird das Recht des Erben, welcher angetreten hat, gerade ſo betrachtet, als hätte es unmittelbar nach dem Tode angefangen [33]), weil Hereditas und Heres (als ſolcher) gleichmäßig dieſelbe Perſon des Verſtorbenen repräſentiren [34]); die Vermittelung des Erwerbes aber für den Erben durch die ruhende Erbſchaft als fingirte Perſon wird in anderen Stellen ſehr beſtimmt angedeutet [35]).

Mit dem bisher angegebenen Weſen der Erbſchaft iſt es wohl verträglich, daß dieſelbe unter Mehrere (Miterben, coheredes) ſich theile, ſo daß jeder von dieſen in universum ius defuncti ſuccedire [36]), aber jeder nur zu einem Theile (pro parte, ſogen. pars quota); alle repräſentiren hier den Verſtorbenen in gleicher Weiſe, ob auch zu verſchiedenen Theilen; aber nur alle zuſammen repräſentiren ihn vollſtändig. Widerſprechend dagegen iſt es jenem Begriffe, daß dem Einen ſchlechthin und ausſchließlich nur beſtimmte einzelne Vermögensobjecte oder irgend ein Inbegriff beſtimmter Vermögensverhältniſſe zukommen ſolle, dem Anderen ebenſo andere (ſogen. pars quanta); von dieſen würde keiner in universum ius ſuccediren, keiner alſo in Wahrheit heres ſein [37]).

In der bisherigen Bezeichnung des Weſens der Erbfolge iſt zunächſt nur die civilrechtliche Erbfolge in's Auge gefaßt worden, die in den Quellen nach ſtrengerem Sprachgebrauch allein hereditas heißt. Ueber das ganz analoge Inſtitut des prätoriſchen Rechtes, die bonorum possessio, handelt ein eigener Artikel [38]), und es wird dieſe daher auch im Folgen-

---

33) L. 138. pr. L. 193. D. de R. J. L. 54. D. de acquir. hered. (29. 2.)

34) L. 22. D. de usucap. (41. 3.) Vgl. L. 28. §. 4. L. 35. mit L. 16. D. de stip. serv. (45. 3.)

35) L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquil. Dominus ergo hereditas habebitur, quare adita hereditate heres experiri potest. L. 1. §. 6. D. de iniur. Hereditati, et sic heredi per hereditatem acquiri. So auch Verpflichtungen: L. 21. §. 1. D. de negot. gest. (3. 5.) Wenn aber das Vermögen erblos bleibt, alſo die Repräſentation, die durch die Hereditas vermittelt werden ſollte, nicht eintritt, d. h. Niemand die Hereditas erwirbt, ſo wird auch die nur dieſer erworbene Forderung zu nichte. L. 73. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

36) L. 9. §. 12. D. de hered. instit. (28. 5.)

37) L. 1. §. 4. L. 11. 35. D. l. c. vgl. oben Bd. 3, im Art. Erbeinſetzung. — Die bei uns gebräuchliche Bezeichnung „Univerſalerbe", „einziger und Univerſalerbe", iſt mit Recht getadelt worden. Hugo, heut. röm. Recht, §. 143, Note 2.

38) Bd. 2, S. 306—343.

den nur beiläufig berückſichtigt werden. Die in ihrer Wirkung beiden verwandte fideicommiſſariſche Erbfolge aber, die man als indirecte Erbfolge jenen entgegenzuſetzen pflegt, weil ſie durch hereditas oder bonorum possessio vermittelt wird, gehört ebenfalls an einen anderen Ort[39]).

In Anſehung jener eigentlichen Erbfolge fragt es ſich nun zunächſt I. unter welchen Vorausſetzungen iſt Jemand wirklich als Erbe anzuſehen, oder wie wird die Erbſchaft erworben[40])? Es iſt dazu vor Allem erforderlich, daß die Erbſchaft Jenem deferirt worden ſei. Darüber ſind zu vergleichen die Artikel Erbeinſetzung, Inteſtaterbfolge. Gewiſſen Perſonen wird die Erbſchaft ſofort, wie ſie ihnen deferirt worden, von ſelbſt, ohne ihr Wiſſen oder Wollen, auch erworben, ſo daß Delation und Acquiſition der Erbſchaft bei ihnen zuſammenfällt. Es ſind diejenigen Perſonen, welche der Gewalt des Erblaſſers bis zu deſſen Tode unterworfen waren, alſo nach heutigem Rechte nur noch die Kinder, welche in der väterlichen Gewalt deſſelben ſtanden, mit Inbegriff auch der Poſtumi, die, früher geboren, derſelben unterworfen ſein würden; ſowohl als geſetzliche, wie als eingeſetzte Erben; nach römiſchem Rechte auch die zu Erben eingeſetzten Sclaven des Erblaſſers; nach älterem römiſchen Rechte zudem gleich den Kindern die Frau oder Schwiegertochter in manu, als welche loco filiae- oder neptis-familias war, und gleich dem Sclaven der in mancipio des Erblaſſers geſtandene Freie, der von dieſem testamento manumittirt und zum Erben eingeſetzt war. Wegen der Unfreiwilligkeit des Erwerbes heißen alle dieſe necessarii heredes, die Kinder insbeſondere sui et necessarii heredes, und im Gegenſatze werden andere Erben voluntarii oder extranei heredes genannt[41]). Als sui heredes erben freilich ab intestato nicht diejenigen in der Gewalt des Erblaſſers geſtandenen Deſcendenten, welchen ein ebenfalls in deſſen Gewalt verbliebener Parens als näherer Erbe des Stammes vorgeht[42]). Dennoch aber ſind auch dieſe, wenn ſie teſtamentariſch eingeſetzt, necessarii heredes des Großvaters oder Urgroßvaters, dem die Gewalt über ſie zuſtand[43]). Dieß wird durch einige Pandektenſtellen beſtätigt, welche freilich ausſagen, daß hier durch den Enkel der Vater derſelben, in deſſen Gewalt ſie jetzt ſtehen, necessarius heres des Teſtators werde (sine aditione), weil nach claſſiſchem Rechte der Filiusfamilias nicht für ſich ſelbſt die Erbſchaft erwerben konnte[44]), welche aber nach Juſti-

---

39) Vgl. die Art. Fideicommiß, Vermächtniß.

40) S. Inst. de heredum qualitate et differentia. (2. 19.) Dig. de acquirenda vel omittenda hereditate. (29. 2.) Cod. de iure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate. (6. 30.)

41) pr. §. 1—3. J. h. t. L. 15. 16. D. h. t. cf. Cai. II. 153. 156. 157. 161. Collat. XVI. 3. §. 5—7. Vgl. den Art. beneficium abstinendi, Bd. 1, S. 856—871.

42) §. 2. J. l. c. Cai. II. 156. cf. L. 1. §. 8. D. de suis. (38. 16.)

43) Ulp. XXII. 24. Suos et necessarios, i. e. liberos qui in potestate sunt.

44) L. 1. §. 5. D. h. t... si nepos ex filio exheredato heres sit institutus: patrem suum sine aditione faciet heredem et quidem necessarium.

nianiſchem Rechte nur ſo anzuwenden ſind, daß der Enkel ſelbſt ipso iure die Erbſchaft, dem Eigenthume nach, und deſſen Vater das väterliche Recht des Nießbrauches und der Verwaltung derſelben erwerbe [45]. Auch unter einer Bedingung eingeſetzt, wird doch, wer ſonſt es ſein würde, existente conditione necessarius heres, wenn nicht die Bedingung von der Art iſt, daß ſie die Antretung der Erbſchaft ſchlechthin in ſeine Willkür ſtellt [46]. Und ſogar auch wird der Pupillarſubſtitut als ſolcher necessarius heres des Pupillen, wenn er zum teſtirenden Vater deſſelben in dem Verhältniß geſtanden, daß er zu deſſen Erbſchaft berufen necessarius heres wäre [47].

Denjenigen Perſonen hingegen, welche der Gewalt des Erblaſſers nicht unterworfen waren (extranei heredes), wird die deferirte Erbſchaft erſt durch einen darauf gerichteten Willensact erworben. Es hängt von ihrem Willen ab, ob ſie dieſelbe annehmen oder ablehnen. Durch die einmal erklärte Ablehnung (repudiatio) werden ſie unwiderruflich von derſelben ausgeſchloſſen und durch die erklärte Annahme (aditio) unwiderruflich daran gebunden [48], es möchte ihnen denn in jenem oder dieſem Falle Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gewährt werden können [49]. Weder zur Antretung noch zur Ablehnung der Erbſchaft iſt irgend eine beſondere Form der Willenserklärung erforderlich. Wiewohl es an ſich wahrſcheinlich iſt, daß für einen ſo wichtigen Act, wie die Antretung einer Erbſchaft iſt, nach älterem Civilrechte eine ſolenne Erklärung gebräuchlich geweſen, ſo gibt es doch keinen ſicheren Beweis dafür, daß dieſe jemals allgemein nothwendig geweſen ſei [50]. Nur kraft beſonderer teſtamentariſcher Anordnung konnte ſie dem eingeſetzten Erben nothwendig werden, und namentlich war zur Zeit der claſſiſchen Juriſten ſehr gebräuchlich die Vorſchrift einer beſonderen Form der Antretung unter dem Namen cretio, wornach der Eingeſetzte (heres cum cretione institutus) innerhalb einer beſtimmten Zeitfriſt, vor Zeugen [51], mündlich erklären mußte: quod

---

Cf. §. 6. ibid. L. 13. D. de bonis libert. (38. 2.).. licet enim necessarius existat patri suo non per semetipsum sed per alium ad hereditatem admittitur. Daſſelbe könnte pro parte geſagt werden, wenn der Enkel als Miterbe ſeines eigenen Vaters eingeſetzt wäre. — Ueber einen verwandten Fall vgl. L. 18. pr. D. de castrensi peculio. (49. 17.)

45) L. 6. 8. Cod. de bonis quae lib. (6. 61.) Vgl. Note 93—95.

46) L. 12. D. de cond. instit. (28. 7.) L. 86. D. de hered. instit. (28. 5.)

47) L. 2. §. 4. L. 10. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

48) L. 4. Cod. de repud. hered. (6. 31.) §. 5. 7. in f. J. h. t. Cai. II. 163.

49) §. 5. 6. J. h. t. tit. Cod. si minor ab hereditate se abstineat. (2. 39.) si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem vel quid aliud acquirat. (2. 40.)

50) Weder L. 77. D. de R. J. noch L. 90. pr. D. h. t. beweiſt es, und es iſt keine Spur vorhanden, daß zur Zeit der Antoninen erſt der Gebrauch der cretio auf gewiſſe Fälle beſchränkt worden ſei, wie Mühlenbruch, Lehrb., §. 702, andeutet.

51) Cic. ad Att. XIII. ep. 46. Varro de lingua lat. V. 60. Die Juriſten erwähnen zwar der Zuziehung von Zeugen nicht, aber ſie war natürlich

me (Titius) heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque [52]), und zwar gewöhnlich innerhalb einer beſtimmten Anzahl von dies utiles (cretio vulgaris), aber auch wohl innerhalb eines beſtimmten tempus continuum (cretio continua), widrigenfalls er kraft der ausdrücklichen Androhung: ni creverit, exheres esto (cretio perfecta) von der Erbſchaft ausgeſchloſſen wurde [53]). Dieſe cretionum scrupulosa solennitas iſt aber ſchon vor Juſtinian außer Gebrauch gekommen [54]), obwohl es auch darnach und ſo nach heutigem Rechte dem Teſtator keineswegs verwehrt iſt, die Antretung der Erbſchaft nicht nur innerhalb einer beſtimmten Zeit, ſondern auch unter Beobachtung einer von ihm vorgeſchriebenen Form, ſofern dieſe nur nichts Anſtößiges enthält, zur Bedingung der Erbeinſetzung zu machen [55]). Abgeſehen von dieſem Falle war ſchon nach claſſiſchem Rechte und iſt nach Juſtinianiſchem Rechte jede formloſe Erklärung des Willens, Erbe zu ſein, zur Antretung der Erbſchaft genügend [56]), wie ſie nach jenem auch bei der cretio imperfecta, d. i. derjenigen, welcher die Drohung „ni creverit, exheres esto“ nicht hinzugefügt war, für genügend angeſehen war [57]). Es kann aber jene Erklärung entweder eine ausdrückliche ſein (nuda voluntas suscipiendae hereditatis), die wohl vorzugsweiſe unter hereditatis aditio verſtanden wird [58]), oder eine ſtillſchweigende, durch Handlungen (pro herede gerendo) [59]).

ſchon des Beweiſes wegen nothwendig, und eine noch ſo häufige Wiederholung der Formel im bloßen Monolog ohne Wirkung.

52) Die Meinung, daß er dabei noch habe ein Schnippchen ſchlagen müſſen (Cuiac. obs. VII. 18.), und wohl vor Freuden tanzen (Alteserra de fiction. iur. III. 2.), beruht auf augenſcheinlichem Mißverſtändniß der Stelle in Cic. de offic. III. 19., deſſen ſich freilich ſchon Ambroſius (de off. III. 2.) ſchuldig gemacht. Schulting ad Ulp. XXII. 28. Grosch, de iur. delib. orig. diss. (Breslau 1839.) pag. 18—21.

53) Cai. II. 164—166. 168. 170—173. cf. 174—178. Ulp. XXII. 27—34.

54) L. 17. Cod. h. t. Der allgemeine Ausſpruch dieſer Stelle iſt herausgeſchnitten aus L. 8. Th. Cod. de matern. bon. (8. 18.), wo er in beſonderer Beziehung vorkommt. Vgl. Note 87.

55) L. 72. D. h. t. vgl. L. 14. D. de cond. institut. (28. 7.)

56) Cai. II. 167. 169. §. 7. J. h. t. L. 6. Cod. h. t. „sola animi destinatio.“ cf. L. 65. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 95. D. h. t.

57) Auch um den Subſtituten gänzlich auszuſchließen. Ulp. XXII. 34. (divus Marcus constituit). Anders noch Cai. II. 178.

58) L. 19. 22. §. 14. Cod. h. t. cf. L. 25. §. 7. L. 69. D. h. t.

59) Ob ſchon die claſſiſchen Juriſten das nuda voluntate adire hereditatem und pro herede gerere entgegenzuſetzen oder vielmehr jenes unter dieſes zu ſubſumiren pflegten, kann mit Fug bezweifelt werden. Mayer, Erbr., Bd. 1, S. 341—343. Ulpian unterſcheidet nur cernere und pro herede gerere, und ſo auch Caius in einigen Stellen (II. 166. III. 87.), und in den Pandekten (Note 58) iſt adire, im Gegenſatze von pro herede gerere, gewiß interpolirt für cernere. Doch macht Caius in II. 167. offenbar eine dreifache Unterſcheidung (aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate, wo man nicht das letzte blos als nähere Beſtimmung des zweiten erklären kann: nur wenn etiam fehlte, wäre dieß etwa zuläſſig). In §. 7. J. l. c. iſt nun das erſte Glied (aut cernendo) weggefallen und dadurch der Gegenſatz der beiden anderen vollends klar ausgeſprochen (aut pro h. g. vel etiam. n. v.).

Hierzu gehören ſolche Handlungen, die unter den vorliegenden Umſtänden nicht wohl eine andere Auslegung geſtatten, als daß der Berufene ſich als Erben betrachte, z. B. Beſitzergreifung und Benutzung oder Veräußerung von Erbſchaftsſachen, ja auch von anderen Sachen, die nur irrthümlich dafür gehalten werden, Einziehung erbſchaftlicher Forderungen, Erfüllung erbſchaftlicher Verbindlichkeiten u. dgl. m., überall vorausgeſetzt, daß nicht eine andere Willensmeinung dabei ſich irgendwie zu erkennen gebe [60]). Da es nur auf Erkenntniß des nicht ausdrücklich erklärten wahren Willens ankommt, ſo wirken auch die an ſich concludenteſten Handlungen nicht als pro herede gestio, wenn der Handelnde bei Vornahme derſelben ſich gegen eine ſolche Auslegung verwahrt, obwohl er wegen des Geſchehenen vielleicht dem künftigen wirklichen Erben verantwortlich werden kann [61]). Die bloße Erfüllung einer Poteſtativbedingung der Erbeinſetzung iſt noch nicht pro herede gestio, der Eingeſetzte bahnt ſich dadurch den Weg zur Antretung der Erbſchaft, erklärt aber noch nicht, dieſelbe wirklich anzunehmen [62]). Dagegen wird die Agnition der bonorum possessio von Seiten desjenigen, dem auch civilrechtlich die Erbſchaft deferirt iſt, zugleich als pro herede gestio angeſehen, und ſchließt alſo zugleich die Erwerbung der Hereditas nach Civilrecht in ſich [63]).

Eine beſtimmte Friſt iſt für die Antretung der Erbſchaft im Allgemeinen nicht vorgeſchrieben. Wohl iſt die Agnition der bonorum possessio an beſtimmte Friſten gebunden, deren Verſäumung von ſelbſt die Ausſchließung der Säumigen von der bonorum possessio und, wenn keine Miterben da ſind, die Delation derſelben für den nächſtfolgenden Gradus oder Ordo zur Folge hat [64]). Nach Civilrecht aber, wenn nicht der Teſtator eine Antretungsfriſt vorgeſchrieben hat, wird der Delat durch keinen Zeitablauf, ſo lange er lebt und erbfähig bleibt und nicht ausſchlägt, ipso iure von dem Erwerbe der Erbſchaft ausgeſchloſſen, und wird alſo auch ebenſo lange keinem Anderen, der nach jenem folgt, die Erbſchaft deferirt [65]). Zwar iſt bisher von Vielen eine geſetzliche Friſt für Antretung oder Ablehnung der Erbſchaft behauptet worden, theils von

---

Dennoch wird in derſelben Stelle, gleich darauf, in die Erklärung von pro herede gerere, wahrſcheinlich einem anderen Schriftſteller nachgeſchrieben, auch das verbis voluntatem suam declarare aufgenommen. Vgl. Schrader, ad §. 7. J. cit.

60) Cai. II. 166. in f. Ulp. XXII. 26. Paulli sentt. IV. 8. §. 25. — §. 7. J. cit. L. 20. 21. pr. §. 1. L. 24. L. 86. §. 2. L. 87. pr. 88. D. h. t. Eine Entwendung aus der Erbſchaft iſt nicht pro herede gestio, vielmehr contrariam voluntatem declarat. L. 21. pr. cit.

61) L. 20. §. 1. cit. cf. L. 4. Cod. unde legitimi. (6. 15.)

62) L. 13. D. de cond. instit. (28. 7.) L. 1. §. 1. D. de cond. causa data. (12. 4.) Aber über die Bedingung „si iuraverit“ ſ. L. 62. pr. D. h. t. und darüber Huſchke, in der Zeitſchr. für Civilr. u. Proz. Bd. 14, S. 172 flg.

63) L. 12. Cod. h. t.

64) Bd. 2, S. 310.

65) Cai. II. 167. L. 72. vgl. mit L. 69. D. h. t. Noten 51—55.

einem Jahre, nach L. 19. Cod. h. t., theils von drei Monaten, nach L. 22. §. 1. Cod. h. t., deren Ablauf entweder die Wirkung haben ſollte, daß der Berufene, der ſich nicht erklärte, von ſelbſt von der Erbſchaft ausgeſchloſſen ſei, oder gerade die entgegengeſetzte, daß er nun als Erbe betrachtet werde. Es wird aber jetzt wohl allgemein anerkannt werden, daß alle dieſe verſchiedenen Meinungen völlig ungegründet ſind, und iſt zu hoffen, „daß das Phantom der geſetzlichen Deliberationsfriſt mit ihrer ſtreitigen Dauer und Wirkung nicht wiederkehren werde [67])".

Indeſſen kann der Berufene durch Andere, welche ein Intereſſe dabei haben, namentlich Gläubiger und Subſtituten, der eingeſetzte Erbe insbeſondere auch durch diejenigen, welche das Teſtament als inofficiosum anzufechten Willens ſind, zu der Erklärung aufgefordert werden, ob er die deferirte Erbſchaft annehme oder nicht. Es wird ihm alsdann auf Verlangen eine Friſt zur Ueberlegung bewilligt, die er jedoch auch ſonſt aus eigenem Antriebe nachſuchen kann (tempus, spatium deliberandi)[68]); nach deren Ablauf aber, wenn er ſich bis dahin noch nicht definitiv erklärt hat, wird er, nach Verſchiedenheit der Fälle, bald gegen ſeinen Willen von der Erbſchaft ausgeſchloſſen, bald ohne Weiteres als Erbe behandelt. Dieſes beneficium deliberandi iſt ſchon oben, Bd. 1, S. 887—892, in einem beſonderen Artikel beſprochen worden. Wenn nun auch der Vf. des gegenwärtigen Artikels mit den dort aufgeſtellten Sätzen in weſentlichen Punkten nicht übereinſtimmt, ſo möchte es doch dem Plane dieſes Werkes nicht entſprechend gefunden werden, aus dieſem Grunde den ſchon einmal abgehandelten Gegenſtand hier nochmals zu erörtern [69]).

Bisher iſt von der Form und von der Zeit der Erbantretung die Rede geweſen; es kommt dabei vor Allem auch die Fähigkeit des Erwerbenden in Betracht. Die Antretung iſt ein Willensact; ſie ſetzt daher natürlich Willensfähigkeit voraus: ſie iſt zudem ein Willensact, welcher möglicherweiſe mannigfaltige, ſchon jetzt bekannte oder noch unbekannte, Verpflichtungen begründen kann; es wird daher die Fähigkeit, ſich durch Rechtsgeſchäfte zu verpflichten, dazu erfordert. Daher nun kann der Wahnſinnige nicht durch Antretung (wohl als necessarius heres ipso iure) Erbe werden [70]); es kann nur und ſoll, wo es vortheilhaft iſt, der Cu=

---

66) L. 19. Cod. h. t.

67) Vgl. Vangerow, Reviſion der neueren Theorien über geſetzliche Deliberationsfriſt, im Arch. für civ. Prax. Bd. 22, Nr. 7, S. 151—212, und darüber Puchta (dem obige Worte entlehnt ſind) und Arndts in Richter's krit. Jahrb. Bd. 4, S. 7—29. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 344—354, und jetzt auch Mühlenbruch (der früher anderer Meinung war), in Erläuter. Bd. 41, S. 301—355, und im Lehrb. §. 703. — Hiernach iſt denn auch zu berichtigen, was oben Bd. 1, S. 891, 892, darüber bemerkt iſt.

68) Dig. de iure deliberandi. (28. 8.) Cod. 6. 30.

69) Vgl. darüber auf der einen Seite die jetzt erſchienene Diss. von Groſch (art. 47. cit.), auf der anderen Seite vorzüglich Mühlenbruch a. a. O. S. 277—297, 383—408, von welchem zu wünſchen, daß er auf jenen ſchon hätte Rückſicht nehmen können. S. auch Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 348. Puchta, Lehrb. §. 491.

70) L. 63. D. h. t.

rator für denſelben bonorum possessionem agnoſciren, welche aber nicht definitiven Erwerb begründet[71]). Gleich dem Wahnſinnigen iſt auch das Kind (infans) unfähig, die Erbſchaft anzutreten[72]); für dieſes aber kann nach ſpäterem Rechte der Vater oder der Vormund nicht nur bonorum possessio agnoſciren, ſondern auch civilrechtlich die Erbſchaft antreten[73]). Der impubes infantia maior erwirbt die Erbſchaft tutore auctore[74]). Der Mündige oder noch Minderjährige (pubes minor XXV. annis) kann in eigener Perſon die Erbſchaft antreten[75]), aber die dadurch übernommenen Schulden braucht der Curator deſſelben, welcher nicht ſeine Zuſtimmung dazu gegeben, nicht anzuerkennen[76]), und andererſeits macht ſich dieſer unzweifelhaft verantwortlich, wenn er durch Verweigerung ſeiner Zuſtimmung, ja durch bloße Nachläſſigkeit die Nichtantretung einer dem Minderjährigen deferirten Erbſchaft verſchuldet hat und daraus für dieſen ein Nachtheil entſtanden iſt[77]). Von dem erklärten Verſchwender (cui bonis interdictum est) gilt daſſelbe, wie vom Minderjährigen[78]). Beſondere Beſtimmungen ſind noch zu bemerken in Anſehung des Falles, wenn einem homo alieni iuris die Erbſchaft deferirt iſt. Nach älterem Rechte konnten Hauskinder wie Sclaven die ihnen deferirten Erbſchaften nur dem Vater oder dem Herrn erwerben, dergeſtalt, daß dieſer durch jene der eigentliche Erbe wurde[79]). Da nun der Vater oder Herr durch Handlungen der Untergebenen nicht verpflichtet werden konnte, die Erbſchaft aber immer die Möglichkeit von Verpflichtungen in ſich enthält, ſo konnte dieſe nur nach dem Willen des erſten durch die Untergebenen angetreten werden[80]). Dieſe mußten iussu patris oder domini die Erbſchaft antreten, und zwar mußte dieſer Befehl der durch den Untergebenen ſelbſt vorzunehmenden Antretungshandlung vorhergehen und speciell auf die deferirte Erbſchaft ſich beziehen, auch nicht etwa vor der wirklichen Antretung zurückgenommen ſein[81]). Ohne die Handlung des Hauskindes oder Sclaven wurde dem Vater oder Herrn die Erbſchaft nicht erworben, ob auch jene nur aus hartnäckigem Ungehorſam den Befehl zu befolgen ſich weigerten; vielmehr, wenn das Kind sui iuris wurde, der Sclave die

---

71) L. 1. D. de b. p. furioso competente. (37. 3.) L. 7. Cod. de curat. fur. (5. 70.) Vgl. oben Bd. 2, S. 304—306.

72) L. 9. D. h. t. L. 5. Cod. h. t.

73) L. 18. pr. §. 2. 3. Cod. h. t. vgl. mit L. 7. §. 1. L. 8. 11. D. de bon. poss. (37. 1.) L. 65. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 11. D. de auctoritate. (26. 8.) L. 3. 7. Cod. qui admitti ad b. p. (6. 9.)

74) L. 8. pr. L. 9. 49. D. h. t. L. 9. §. 3. D. de auctoritate. L. 18. §. 4. Cod. h. t.

75) L. 12. Cod. h. t. L. 8. §. 1. Cod. de bonis quae lib. (6. 61.) Cf. tit. Cod. si ut omissam hereditatem acquirant. (2. 40.) Rudorff, Recht der Vormundſchaft, Bd. 2, S. 286.

76) Savigny, in der Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. Bd. 10, S. 287.

77) L. 26. Cod. de administrat. (5. 37.) Mit Unrecht nennt Rudorff a. a. O. die Erwähnung des Conſenſes in dieſer Stelle eine Gedankenloſigkeit.

78) L. 5. §. 1. D. h. t. Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 1, S. 140.

79) Cai. II. 87. Ulp. XIX. 19. L. 79. D. h. t.

80) L. 6. pr. §. 1. 2. D. h. t.

81) L. 25. §. 4—15. D. h. t. cf. L. 47. 50. D. ibid.

Freiheit erlangte, bevor die Erbſchaft dem Befehle gemäß wirklich angetreten war, ſo konnten jene nunmehr für ſich ſelbſt die Erbſchaft erwerben, und ebenſo der veräußerte Sclave dem neuen Herrn, auf deſſen Befehl[82]). Es war alſo ſowohl die einſeitige Handlung des Vaters oder Herrn, als die nicht befohlene Antretung des Untergebenen unwirkſam, ſo wie auch umgekehrt die von dieſem oder jenem einſeitig erklärte Ablehnung der Erbfolge nichts wirkte[83]). Nur wurde, wenn der Vater längere Zeit im Beſitze der Erbſchaft geweſen war, vermuthet, daß ihm dieſelbe auch auf gehörige Weiſe erworben ſei[84]). Die Antretungshandlung des Untergebenen konnte pro herede gestio ſein oder cretio[85]), war aber nach älterem Rechte gewiß bei weitem in den meiſten Fällen die letzte, weil mit Ausnahme eines Falles (ex SC. Orphitiano) damals nur durch Erbeinſetzung homines alieni iuris zur Erbſchaft nach Civilrecht berufen ſein konnten, bei der Erbeinſetzung aber die cretio ſehr gewöhnlich und auch außerdem dieſe Antretungsform ſehr üblich geweſen zu ſein ſcheint[86]); ja nach Aeußerungen ſpäterer Conſtitutionen hat es ſogar den Anſchein, als ob bis dahin überall nur cernendo dem Vater durch die in ſeiner Gewalt befindlichen Kinder die Erbſchaft erworben und erſt durch dieſe Conſtitutionen die Nothwendigkeit der cretio, anfangs in gewiſſen Fällen, bald ganz und gar beſeitigt worden ſei[87]). Wenn übrigens auch dem Untergebenen die erforderliche Einſicht noch fehlte, ſo war doch der Befehl des Vaters oder Herrn entſcheidend; er ergänzte den Willen des Unmündigen, ähnlich der Autoritas[88]); aber dieſer mußte doch wenigſtens ſchon das Alter der Sprachfähigkeit erreicht haben, um die betreffende Erklärung abgeben zu können; bis dahin konnte alſo dem Gewalthaber auch auf deſſen Befehl die Erbſchaft civilrechtlich nicht erworben, es konnte nur durch ihn ſelbſt vorläufig bonorum possessio im Namen des Untergebenen agnoſcirt werden[89]). Dieſe Beſtimmungen des älteren Rechtes nun, abgeſehen von der Form der cretio, ſind in Anſehung der Sclaven in's Juſtinianiſche Recht unverändert übergegangen[90]), in Anſehung der in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder aber ſehr bedeutend modificirt worden. Dieſe nämlich können nun, wie ſchon nach älteren Conſtitutionen[91]) gewiſſe, ſo nach Juſtinianiſchem Rechte alle Erbſchaften als bona adventitia der Proprietät nach für ſich ſelbſt erwerben; der Vater

---

82) Cai. II. 188. 189. L. 5. in f. Theod. Cod. de matern. bon. (8. 18.) Cf. L. 36. L. 64. 65. 67. 68. 80. §. 2. 3. D. h. t.

83) L. 13. §. 3. L. 14. D. h. t.

84) L. 6. §. 3. D. h. t.

85) L. 93. §. 2. cf. L. 25. §. 7. 8. D. h. t.

86) Vgl. oben Note 53. Cai. II. 187—190.

87) L. 1. §. 1. L. 4. 5. L. 8. §. 1. Theod. Cod. de mat. bon. (8. 18.) Cf. L. 1. Th. Cod. de cretione. (4. 1.) Vgl. L. 25. §. 7. D. h. t. und oben Note 54. Huſchke, Studien des r. R. Bd. 1, S. 254—259.

88) L. 8. §. 1. D. h. t. cf. L. 9. D. ibid.

89) L. 18. §. 4. Cod. h. t. Cf. L. 6. 8. Theod. Cod. l. c. L. 7. §. 1. D. de bon. poss. (37. 1.) Note 73.

90) §. 3. J. per quas personas nob. adquir. (2. 9.)

91) Theod. Cod. l. c. Cod. Just. de bon. mat. (6. 60.)

kann nur das Recht des Nießbrauches und der Verwaltung derſelben in Anſpruch nehmen. Damit dieſe regelmäßige Wirkung des Erwerbes der Kinder eintrete, iſt denn auch jetzt noch Antretung der Erbſchaft durch das Kind auf Befehl des Vaters erforderlich. Es ſoll aber keiner dem anderen das Recht, welches ſolchergeſtalt durch die Annahme der Erbſchaft ihm erworben werden kann, durch ſeinen einſeitigen Willen entziehen oder aufdrängen. Daher kann auch jetzt noch weder der Vater noch das Kind einſeitig die dem letzten deferirte Erbſchaft ausſchlagen, mit der Wirkung, daß dadurch der Erwerb derſelben kraft dieſer Delation ganz ausgeſchloſſen werde [92]); ſondern, wenn das Kind die Erbſchaft nicht annehmen will, ſo kann der Vater dieſelbe ganz, auch dem Eigenthum nach, für ſich erwerben, ſo daß er durch das Kind und ſtatt deſſelben wie nach älterem Rechte eigentlich Erbe wird; wenn aber der Vater die Erbſchaft verſchmäht, ſo bleibt es dem Kinde unbenommen, dieſelbe zu erwerben, und erlangt in dieſem Falle der Vater auch nicht den Nießbrauch und die Verwaltung derſelben, oder doch die letzte, wenn er ſich ihr unterziehen will, nur inſofern, als das Kind noch eines Beiſtandes bedarf, zu welchem Zwecke ihm ſonſt ein Curator gegeben wird [93]). Iſt aber das Kind, dem die Erbſchaft deferirt wird, noch im Alter der Kindheit (infantia), ſo kann der Vater allein für daſſelbe die Erbſchaft antreten, mit derſelben Wirkung, wie wenn das erwachſene Kind dieſelbe auf Befehl des Vaters antritt [94]). Jenes kann ſich dann freilich ſpäter durch Wiedereinſetzung in den vorigen Stand der Erbſchaft wieder entſchlagen; aber dann bleibt der Vater daran gebunden, als ob er anfangs dieſelbe gegen den Willen des Kindes angenommen hätte [95]). Wenn umgekehrt der Vater, z. B. als Wahnſinniger, unfähig iſt, ſeinen Willen zu erklären, ſo wird, wie ſchon nach älterem Rechte utilitatis causa angenommen war, dem Sohne ſelbſtſtändig der Erwerb der Erbſchaft geſtattet [96]). Iſt übrigens die dem Hausſohne deferirte Erbſchaft eine ſolche, die zu deſſen bona castrensia gehört, ſo kann er dieſelbe jedenfalls als Paterfamilias ſelbſtſtändig für ſich erwerben [97]), ſowie er ſelbſt auch dem zum Erben eingeſetzten caſtrenſiſchen Sclaven die Antretung der Erbſchaft befehlen konnte [98]). Doch ſoll auch in dieſem Falle der Vater ſtatt des Sohnes die Erbſchaft anzunehmen berechtigt ſein, wenn der letzte dieſelbe ausſchlägt [99]).

Außer der Willensfähigkeit iſt endlich zur Antretung wie zur Ablehnung der deferirten Erbſchaft natürlich erforderlich ernſtliche Willensbeſtimmung bei der darauf bezüglichen Erklärung, und zwar verbunden mit der Kenntniß derjenigen Umſtände, welche die Delation der Erbſchaft

---

92) L. 14. D. h. t.
93) L. 8. pr. §. 1. Cod. de bon. quae lib. (6. 61.)
94) L. 18. pr. Cod. h. t. Vgl. den Art. Transmiſſion (ex capite infantiae).
95) L. 8. §. 6. Cod. de bon. quae lib. (6. 61.)
96) L. 52. pr. L. 63. D. h. t. cf. L. 30. pr. D. ibid.
97) L. 5. D. de castrensi pecul. (49. 17.)
98) L. 19. §. 1. D. l. c.
99) L. 8. §. 2. Cod. de bon. quae lib.

weſentlich berühren. Wer antritt oder ablehnt, muß vor Allem wiſſen, daß die Erbſchaft ihm deferirt ſei[100]), und zwar ob durch Teſtament oder durch das Geſetz[101]), und in jenem Falle, ob pro parte oder ex asse, ex institutione oder ex substitutione[102]); insbeſondere, ob er bedingt oder unbedingt eingeſetzt ſei[103]). Wer jedoch irrthümlich glaubt, unter Bedingung eingeſetzt zu ſein, zugleich aber die Bedingung für erfüllt hält, deſſen Erklärung iſt vollkommen wirkſam, weil ſeine Meinung mit der wahren Lage der Sache in der That übereinſtimmt[104]), während hingegen bei der wirklich bedingten Erbeinſetzung der Eingeſetzte auch die Erfüllung der Bedingung erfahren haben muß[105]). Wo ein Anderer für den eigentlichen Delaten die Erbſchaft erwerben will, kommt es natürlich auf des erſten Wiſſenſchaft an[106]). Auch muß der Vater, damit ſein Befehl zur Antretung der Erbſchaft wirkſam ſei, von der Art und Weiſe der Delation Kunde haben[107]); doch hindert es nicht, wenn er von der wirklich eingetretenen Delation noch keine ſichere Kenntniß hat, wofern nur dieſe dem antretenden Sohne nicht mangelt, der Befehl des Vaters aber ſich ſpeciell auf dieſe Erbſchaft bezogen hat[108]); denn auf Seiten des Sohnes iſt allerdings auch und vorzugsweiſe dieſe Kenntniß erforderlich[109]), wenn nicht die unvollkommene Einſicht deſſelben nur durch des Vaters Willen ergänzt wird[110]). Auch der Irrthum über ſeine Eigenſchaft als necessarius oder voluntarius heres hindert die Wirkſamkeit der Antretung oder Ablehnung[111]). Der Irrthum über andere Umſtände dagegen iſt ohne Einfluß, namentlich darüber, ob man sui iuris mündig ſei oder nicht[112]), und vollends der Irrthum über den Be-

---

100) §. 7. J. h. t. L. 13. §. 1. L. 19. 23. L. 32. 34. D. h. t. cf. L. 30. §. 2—5. L. 84. ibid. Doch ſchadet regelmäßig auch hier der Rechtsirrthum. L. 2. Cod. de iur. et facti ignor. (1. 18.)

101) L. 17. 22. 46. 51. pr. D. h. t. cf. L. 77. ibid.

102) L. 93. D. h. t.

103) L. 32. §. 1. D. h. t.

104) L. 34. §. 1. D. h. t.

105) So ſpricht wenigſtens L. 21. D. de cond. et dem. (35. 1.) klar aus. Damit iſt freilich ſchwer zu vereinigen L. 21. §. 3. D. h. t. Einen Vereinigungsverſuch durch künſtliche Interpretation der letzten Stelle macht Gothofred, animadvers. iur. civ. cap. 17. Cuiacius, ad African. L. 46. D. h. t. will dagegen in L. 21. §. 3. die Negation vor posse adire her. eingeſchoben haben. Mayer, Erbr. B. 1, S. 335, Note 8, findet in beiden Stellen einen Gegenſatz des früheren und des ſpäteren Rechtes; dagegen aber iſt zu bemerken, daß die Stelle des ſpäteren Juriſten (Ulpian) auf die Autorität eines noch älteren Juriſten, als Julian, der Vf. der anderen Stelle iſt, Bezug nimmt.

106) Noten 73, 74, 93, 94.

107) L. 93. D. h. t.

108) L. 30. §. 7. vgl. mit L. 25. §. 6. D. h. t.

109) L. 30. §. 7. cit. Sed contra, non adquirere, d. h. in dem entgegengeſetzten Falle, nämlich wenn der Sohn noch ungewiß iſt über die Delation, der Vater nicht, findet die Erwerbung durch jenen nicht ſtatt.

110) L. 8. §. 1. D. h. t.

111) L. 15. 16. D. h. t.

112) L. 34. pr. L. 96. D. h. t. Wer jedoch ſich für alieni iuris hal-

ſtand oder Reichthum der Erbſchaft [113]). Auch braucht der Antretende nicht gerade die Größe ſeines Erbtheiles zu kennen [114]), und nur wenn aus Irrthum ausdrücklich zu einem geringeren Theile die Erbſchaft angetreten iſt, als zu welchem ſie deferirt worden, iſt die Antretung unwirkſam [115]). Auch durch Betrug erzeugter Irrthum ſtört nicht die Giltigkeit der dadurch veranlaßten Antretung, wenn dieſe ſonſt wirkſam iſt; der Betrogene mag den Betrüger deshalb in Anſpruch nehmen [116]). Nicht minder iſt auch die erzwungene Antretung an ſich giltig; doch kann dagegen Reſtitution erlangt werden [117]). Wenn dagegen der Delat gar nicht ernſtlich, ſondern nur verſtellter Weiſe die Erbſchaft ſcheinbar angetreten hat, ſo iſt dieſe Handlung ſchlechthin nichtig [118]). Uebrigens muß die Antretung wie die Ablehnung der Erbſchaft auch unbedingt und ohne Vorbehalt geſchehen [119]), und nicht anders, als ſie deferirt iſt; namentlich kann nicht die deferirte Erbſchaft zum Theil angenommen, zum Theil abgelehnt werden [120]), und ebenſo wenig kann, wer auf verſchiedene Erbtheile eingeſetzt iſt, den einen annehmen, den anderen ablehnen [121]), vielmehr erwirbt er durch Annahme eines Theiles ſofort das Ganze oder auch die übrigen ihm deferirten Erbtheile [122]), und ebenſo muß denn auch der Vater, welcher den eigenen Erbtheil angenommen, auch die Antretung des dem Sohne deferirten Erbtheiles befehlen, und kann nicht von mehreren eingeſetzten Kindern nur einem die Antretung befehlen, d. h. nach Juſtinianiſchem Rechte, er muß auch den anderen Erbtheil entweder für das Kind, oder, wenn dieſes nicht will, für ſich ſelbſt ſich gefallen laſſen [123]).

Uebrigens iſt noch im Allgemeinen zu bemerken, daß die Antretung der Erbſchaft nach Civilrecht, außer in den bereits angegebenen Ausnahmsfällen [124]), nicht durch einen Stellvertreter geſchehen kann [125]), obwohl die Agnition der bonorum possessio durch einen Stellvertreter möglich iſt [126]). Man hat dieſes durch die im älteren Rechte vorausge-

---

tend nur auf Befehl des Gewaltherrn angetreten hat, wird dadurch nicht gebunden. L. 74. §. 2. 3. D. h. t.

113) L. 8. pr. cf. L. 51. §. 2. D. h. t. §. 5. 6. J. h. t.

114) L. 21. §. 3. D. h. t. L. 5. §. 1. D. si pars hered. pet. (5. 4.)

115) L. 75. D. h. t. cf. L. 93. ibid.

116) L. 40. D. de dolo malo. (4. 3.)

117) L. 21. §. 5. 6. D. quod met. c. (4. 2.) L. 85. D. h. t.

118) L. 6. §. 7. D. h. t.

119) L. 51. §. 2. D. h. t. L. 77. D. de R. J.

120) L. 1. D. h. t.

121) L. 2. L. 80. pr. §. 1. D. h. t.

122) L. 10. 35. pr. L. 80. §. 1. D. h. t. Die cretio als förmliche Handlung mußte freilich durch die Beſchränkung auf einen Theil des Deferirten ungiltig ſein, und daſſelbe würde auch jetzt noch zu behaupten ſein für den Fall, daß der Erblaſſer eine Erklärung der Antretung in beſtimmter Form zur Bedingung gemacht hätte. Cf. L. 1. mit L. 10. D. cit.

123) L. 35. §. 1. L. 36. D. h. t. Vgl. Noten 93—104.

124) Noten 73, 74, 93 flg.

125) L. 90. pr. D. h. t. per curatorem (Hal. procuratorem) hereditatem acquiri non posse. Cf. L. 54. pr. D. de acquir. dom. (41. 1.)

126) L. 3. §. 7. D. de bon. poss. (37. 1.)

ſetzte Förmlichkeit der Antretungshandlung erklären wollen[127]), und allerdings ſtand bei der cretio gewiß ſchon die formelle Natur des Actes entgegen, ſie durch einen Stellvertreter vornehmen zu laſſen; allein jener Satz iſt unabhängig davon; er iſt von allgemeinerer Bedeutung[128]) und bezieht ſich eben ſowohl auf den Erwerb durch nuda voluntas und pro herede gestio, als durch cretio[129]); es ſoll eben nur der eigene Wille des Delaten ihm die Erbſchaft erwerben[130]). Es ſteht jedoch nichts entgegen, daß der Delat durch ſpeciellen Auftrag einem Anderen aufgebe, in ſeinem Namen eine Handlung vorzunehmen oder eine Erklärung abzugeben, welche die Annahme der Erbſchaft zu erkennen gibt; denn hier iſt es in der That jener ſelbſt, welcher die Erbſchaft antritt, indem er durch den Stellvertreter ſeinen eigenen Willen, ſie anzunehmen, an den Tag legt[131]). Die durch die Delation begründete rechtliche Möglichkeit, Erbe zu werden, iſt auch inſofern nur ein perſönliches Recht, als der Erwerb der Erbſchaft regelmäßig noch bei Lebzeiten des eigentlichen Delaten ſtattfinden muß und jene Möglichkeit nicht auf die Erben deſſelben übergeht. Inwiefern dieſe Regel Beſchränkungen erleidet, iſt in einem beſonderen Artikel (Transmiſſion der Erbſchaft) auseinanderzuſetzen. Hier dagegen iſt es nun an der Zeit,

II. die rechtlichen Folgen des Erwerbes der Erbſchaft zu beſtimmen. Im Weſentlichen ergeben ſich dieſe von ſelbſt aus demjenigen, was früher über die Natur des Erbverhältniſſes geſagt worden iſt[132]). Die Geſammtheit der Vermögensverhältniſſe des Verſtorbenen geht auf den Erben über, und zwar ſo, als ob dieſer unmittelbar im Zeitpunkte des Todes in die Stelle des erſten eingetreten wäre[133]). Der Erbe wird dadurch zugleich vollkommen Subject aller einzelnen Vermögensverhältniſſe, die in der Erbſchaft begriffen ſind. Davon iſt nun eine nothwendige Folge, daß die zuvor zwiſchen dem Erblaſſer oder der Erbſchaft und dem Erben ſelbſt beſtandenen Obligationen und ebenſo die dinglichen Rechte, welche zuvor dem Erben an Sachen des Erblaſſers oder umgekehrt dieſem an Sachen des Erben zuſtanden, von ſelbſt erlöſchen (confusio)[134]); daß ferner die acceſſoriſche Obligation des einen neben der gleich wirkſamen Hauptobligation des anderen nunmehr, da beide ſich in derſelben Perſon vereinigen, ihre Bedeutung verliert[135]). Ueberhaupt

---

127) Mühlenbruch, Lehrb. §. 702.

128) Cf. L. 53. 54. D. de acquir. dom. Puchta, Lehrb. §. 490.

129) Acquiri in L. 90. cit. iſt nicht für cerni interpolirt, wie ſonſt häufig adire für cernere.

130) Cf. L. 2. D. de off. procur. Caes. (1. 19.)

131) Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 340.

132) Note 1 flg.

133) Note 32.

134) L. 2. §. 18. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.) L. 75. D. de solut. (46. 3.) L. 21. §. 1. D. de lib. legata. (34. 3.) Cf. L. 21. §. 3. L. 50. D. de fideiuss. (46. 1.) — L. 18. D. de servitut. (8. 1.) L. 116. §. 4. D. de legat. I.

135) L. 5. 14. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 71. pr. ibid. verb. „sed et accessiones etc.“ L. 93. §. 2. 3. L. 95. §. 3. D. de solut. (46. 3.)

beſtehen alle erbſchaftlichen Rechtsverhältniſſe in Beziehung auf den Erben nun eben ſo, als ob ſie mit demſelben Inhalte auf andere Weiſe für dieſen begründet wären; es kann daher auch der Erbe des Erben das ganze jetzige Vermögen des letzten mit Inbegriff der erworbenen Erbſchaft nur wieder als eine Erbſchaft erwerben [136]). Daher pflegt man von einer confusio bonorum (nämlich des Vermögens der Erbſchaft und des Erben) zu ſprechen, welche durch die Erbfolge bewirkt werde. Es würde aber verkehrt ſein, wenn man damit die Vorſtellung einer völligen rechtlichen Vermiſchung der beiden Vermögen verbände, d. h. mit anderen Worten, einer gänzlichen Verſchmelzung und Indifferenzirung der Qualität des Erben als ſolchen und der eigenen vermögensrechtlichen Perſönlichkeit deſſelben, und wenn man ſomit die Repräſentation des Erblaſſers durch den Erben nur als etwas juriſtiſch Momentanes anſehen wollte. Vielmehr ſind alle erbſchaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten fortwährend deshalb Rechte und Verbindlichkeiten des Erben, weil und inſofern er fortwährend die Perſon des Erblaſſers repräſentirt [137]). Sobald in irgend einer Beziehung auf die Unterſcheidung der beiden rechtlichen Qualitäten des Erben etwas ankommt, tritt auch der Gegenſatz derſelben praktiſch bedeutend hervor. So kann es z. B. der Fall ſein in Betreff von Correalobligationen, bei welchen Erblaſſer und Erbe betheiligt waren. Der Correalgläubiger oder Schuldner, welcher Erbe eines Mitgläubigers oder Schuldners geworden, iſt nun doppelt betheiligt (duas sustinet obligationes), activ oder paſſiv, da von den gleichſtehenden Obligationen keine die andere überwiegt und deßhalb durch das Zuſammentreffen in derſelben phyſiſchen Perſon aufhebt; von materieller Bedeutung aber iſt dieß, ſobald zwiſchen beiden Obligationen eine Differenz in der Wirkſamkeit beſteht, wenn z. B. dem Erblaſſer eine perſönliche Exception entgegenſtand oder zu ſtatten kam, die das urſprüngliche Verhältniß des Erben zur Correalobligation nicht berührte [138]). Wird ein Correalſchuldner Erbe des Gläubigers, oder umgekehrt der Gläubiger Erbe eines Correalſchuldners, ſo kann derſelbe die übrigen Schuldner allerdings noch belangen; denn in ſeiner Qualität als Gläubiger hat er die Wahl, von welchem der Correalſchuldner er Bezahlung fordern wolle, ob von ſich ſelbſt in ſeiner Qualität als correus oder von den Mitſchuldnern; nur muß er dieſen, wenn ſie ſeine oder ſeines Erblaſſers socii ſind, in dieſer Eigenſchaft den auf ihn ſelbſt fallenden Theil der Schuld erlaſſen oder erſtatten [139]). Dagegen wenn ein Correalgläubiger Erbe des Schuldners oder der Schuldner Erbe eines Correalgläubigers geworden iſt, ſo iſt dadurch die Forderung der übrigen Correalgläubiger von ſelbſt erloſchen, indem jener jedem derſelben entgegnen kann, er habe in ſeiner Eigenſchaft als Mitgläubiger von ſich ſelbſt als dem Schuldner (confusione) die Zahlung empfangen; aber auch hier muß er als correus cre-

---

136) L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.) L. 7. §. 2. D. h. t. Cf. L. 65. 70. D. de V. S. L. 194. D. de R. J.

137) Puchta, im Rhein. Muſ. Bd. 3, S. 304. Lehrb. §. 498.

138) L. 13. D. de duob. reis. (45. 2.) L. 5. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 93. pr. §. 1. D. de solut. (46. 3.)

139) L. 71. pr. D. de fideiussor. (46. 1.)

dendi socius natürlich pro rata parte Erſatz leiſten[140]. Ebenſo kann die Unterſcheidung der beiden Qualitäten im Erben auch in Betreff von acceſſoriſchen und Hauptverbindlichkeiten wichtig werden, wenn jene von größerer Wirkſamkeit ſind, als dieſe[141]. Und ſo ſind denn auch in dem Erben des Erben wieder die beiden Qualitäten, welche ſchon der letzte in ſich trug, zu unterſcheiden, außer der eigenen vermögensrechtlichen Perſönlichkeit des erſten[142].

Vermöge der allgemeinen Natur des Erbverhältniſſes muß nun der Erbe insbeſondere auch die Schulden des Erblaſſers voll auszahlen, ohne Rückſicht auf den Beſtand des Erbvermögens[143]. Die Schulden haften unmittelbar auf der Perſon, nicht auf dem Vermögen; dieſes bietet nur den Gläubigern in subsidium ein Mittel dar, ſich Befriedigung zu verſchaffen. Der Erbe aber ſuccedirt in die Schuldverhältniſſe des Erblaſſers ebenfalls unmittelbar; er repräſentirt dieſen hier wie anderswo; wie nun der Erblaſſer ſelbſt ſeinen Gläubigern verpflichtet war, ſo weit ihre Forderung ſich erſtreckte, nicht blos ſo weit er Vermögen hatte, ſie zu zahlen, ſo iſt auch der Erbe denſelben, nicht blos ſo weit die Erbſchaft reicht, verpflichtet. Hat alſo der Erbe noch anderes Vermögen, aus welchem jene Gläubiger ihre Bezahlung erlangen können, ſo iſt das zu ihrem Vortheil. Dagegen aber können die Erbſchaftsgläubiger auch mit anderen Gläubigern des Erben concurriren, welche mit ihnen nöthigenfalls auch aus dem Erbſchaftsvermögen, als einem ihrem Schuldner jetzt gehörenden Gute, ihre Befriedigung ſuchen. In beiden Beziehungen aber ſind bedeutende Modificationen der Regel möglich. Vorerſt kann der Erbe nach einer Juſtinianiſchen Verordnung gegen die Gefahr, mehr an Schulden zahlen zu müſſen, als die Erbſchaft actives Vermögen hat, dadurch ſich ſchützen, daß er, die Erbſchaft antretend, in beſtimmter

---

140) Darin ſind zwar Manche anderer Meinung, z. B. Unterholzner, Schuldverhältniſſe Bd. 1, S. 368, wie es ſcheint auch Mühlenbruch, Lehrb. §. 479, Note 3, §. 493, Note 8., Wening-Ingenheim, Lehrb. Bd. 1, §. 157; es iſt aber offenbar inconſequent, dieſen Fall dem in L. 71. cit. behandelten gleichzuſtellen. Es heißt dieſes ebenſo viel, als die Erbſchaft oder das Vermögen des Erben um den Werth der Correalforderung ſchlechthin vermindern; eine ſolche Wirkung ſoll aber die confusio nicht haben. L. 41. D. de eviction. (21. 2.) Cum debitor creditori suo heres extiterit,.. intelligitur maior hereditas ad debitorem pervenire quasi soluta pecunia quae debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis heredis esse; et ex contrario, cum creditor debitori suo extitit heres, minus in hereditate habere videtur, tanquam ipsa hereditas heredi solverit. Nach obiger Anſicht würde die hereditas nicht maior ſein, wenn der Erblaſſer eine Correalforderung gegen den Erben hatte, der Erbe aber, welcher eine Correalforderung gegen jenen hatte, würde dieſe verlieren und nur zu Gunſten des Mitgläubigers minus in hereditate habere.

141) L. 21. §. 2. L. 95. §. 3. D. de fideiuss. (46. 1.) Vgl. Mayer, Erbr. Bd. 1, S. 358, 359. Man vgl. auch noch in anderer Beziehung L. 34. §. 13. D. de legat. I. L. 1. §. 15. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

142) L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. „utriusque hereditatem", sc. filii et patris.

143) L. 8. D. h. t. L. 10. Cod. h. t. cf. L. 36. D. de bon. lib. (38. 2.)

2*

Friſt und gehöriger Form ein Inventarium derſelben errichtet[144]). Von dieſem beneficium inventarii iſt ſchon in einem beſonderen Artikel die Rede geweſen[145]). Die Wirkung desſelben iſt dieſe, daß der Erbe nun jedenfalls nichts aus ſeinem urſprünglich eigenen Vermögen aufzuopfern braucht, um die Gläubiger der Erbſchaft zu befriedigen, ſondern dieſen nur, ſo weit der Betrag der Erbſchaft ausreicht, zu zahlen hat. Dieſer Betrag der Erbſchaft aber iſt dann natürlich zu ermitteln ohne Rückſicht auf die rechtlichen Folgen der Antretung, namentlich auf die ſonſt eintretende confusio, ſo daß auch der Erbe diejenigen Handlungen des Erblaſſers, durch welche er in ſeinem urſprünglich eigenen Vermögen beeinträchtigt wird, nur inſofern anzuerkennen verpflichtet iſt, als er dafür in der Erbſchaft ſonſt hinreichende Entſchädigung findet[146]). Man drückt dieß häufig ſo aus: durch das beneficium inventarii werde die ſonſt eintretende confusio bonorum abgewendet. Es iſt aber dabei wohl zu bemerken, daß der Betrag der Erbmaſſe von dem ſonſt eigenen Vermögen des Erben nur inſofern ſtreng zu ſcheiden iſt, als es in Frage geſtellt wird, ob der Erbe alle Schulden voll auszuzahlen habe, und dieſer Fall kann häufig erſt eintreten, nachdem der Erbe lange ſchon im Beſitze der Erbſchaft war. Abgeſehen davon hat die Antretung hier alle regelmäßigen Wirkungen. Der Erbe kann jetzt ſo wenig wie ſonſt eine Forderung gegen ſich ſelbſt haben oder eine Servitut an einer Sache, die ſich in ſeinem Eigenthume befindet. Und es iſt durchaus kein Grund zu bezweifeln, daß auch nach der Antretung cum beneficio inventarii, das blos zu Gunſten des Erben eingeführt iſt, die eigenen Gläubiger des Erben wie ſonſt in Geltendmachung ihrer Forderungen gegen das durch die Erbſchaft dem Schuldner erworbene Vermögen mit den Gläubigern des Erblaſſers concurriren können, wenn dieſe ſich nicht anders vorgeſehen haben[147]). Dem Soldaten iſt übrigens auch ohne Inventarserrichtung die Beſchränkung ſeiner Haftung für die Schulden der Erbſchaft auf den Betrag der Activa derſelben gewährt[148]). Außerdem kann nach allgemeinen Grundſätzen durch Vertrag eine Beſchränkung der Verbindlichkeit des Erben begründet werden[149]).

Auf der anderen Seite können die Gläubiger der Erbſchaft gegen die gefährliche Concurrenz mit den Gläubigern eines zahlungsunfähigen Erben, es mag dieſer cum beneficio inventarii angetreten haben oder nicht, durch das beneficium separationis ſich verwahren, ein bene-

---

144) L. 22. Cod. h. t.

145) Bd. 1, S. 909—917. Damit iſt jetzt zu vergleichen Mühlenbruch, Erläuter. B. 41, S. 355 flg.

146) L. 22. cit. §. 4. 9. vgl. mit L. 1. §. 1. D. de except. rei vend. (21. 3.) L. 14. Cod. de evict. (8. 45.)

147) Vgl. Note 150.

148) L. 22. pr. §. 15. Cod. l. c.

149) L. 4. pr. D. de doli mali exc. (44. 4.) Insbeſondere kann dem Delaten auch durch die Majorität der Gläubiger ein Nachlaß bewilligt werden. L. 7. §. 17. — L. 10. pr. D. de pactis. (2. 14.)

ficium, deſſen ſich gleicherweiſe auch die Vermächtnißnehmer erfreuen können, während es den übrigen Gläubigern des Erben regelmäßig nicht gewährt iſt. Auch davon iſt bereits in einem beſonderen Artikel gehandelt worden[150]).

Sind Mehrere zuſammen Erben des Verſtorbenen geworden, ſo treten die angedeuteten Wirkungen des Erwerbes der Erbſchaft für jeden einzelnen von ihnen nur nach Verhältniß ſeines Erbtheiles ein, da jeder nur pro parte den Verſtorbenen repräſentirt. Anordnungen und Schulden des Erblaſſers werden von ſelbſt nach jenem Verhältniß unter den Erben getheilt, dergeſtalt, daß ſie in ſo viele einzelne Schuldverhältniſſe von geringerem Inhalte zerfallen, als Erben ſind[151]). Ebenſo theilt ſich das Eigenthum aller einzelnen Erbſchaftsſachen nach intellectuellen Theilen (partes pro indiviso) unter die Erben als Miteigenthümer[152]). So können denn auch die Wirkungen der confusio durch die Erbſchaft nur pro parte eintreten; der Erbe, welcher gegen den Erblaſſer eine Forderung oder Schuld hatte, bleibt Gläubiger oder Schuldner der Miterben, nach Verhältniß ihrer Erbtheile[153]), und er behält in gleichem Maße die ihm früher zugeſtandenen beſonderen Rechte an den Sachen der Erbſchaft als iura in re aliena[154]). Nur die Untheilbarkeit eines Rechtsverhältniſſes bringt unvermeidlich gewiſſe Modificationen in der Anwendung der obigen Regel mit ſich[155]). Was übrigens das Verhältniß unter Miterben angeht, ſo ſind darüber die Art. Erbtheilung und Einwerfung zu vergleichen, über den Fall aber, wenn ein zur Miterbſchaft Berufener zu ſeinem Theil die Erbſchaft nicht erwirbt, der Art. Anwachſungsrecht[156]).

Daß die Schulden des Erblaſſers auf den Erben übergehen, liegt in der Natur der Erbfolge an ſich. Außerdem aber kann der Erbe auch beſonders verpflichtet werden durch Anordnungen und Auflagen des Erblaſſers, welche jener zu erfüllen hat. Er wird dazu nach der Anſicht des römiſchen Rechtes durch die Antretung der Erbſchaft denjenigen, denen der Vortheil zugewendet werden ſoll, quasi ex contractu verpflichtet[157]). Dieſe Verpflichtung erſtreckt ſich aber regelmäßig nicht weiter, als der Betrag desjenigen, was der Erbe durch die Erbſchaft an wahrem Vermögen erlangt, Erſatz dafür bietet; die Ver-

---

150) Bd. 1, S. 917—925.

151) L. 6. Cod. fam. ercisc. (3. 36.) Cf. L. 25. §. 1. 9. D. eod. (10. 2.) L. 14. Cod. de rei vind. (3. 32.)

152) L. 1. pr. L. 20. §. 4. D. fam. ercisc. (10. 2.)

153) L. 50. D. de fideiuss. (46. 1.)

154) 3. B. Uſusfructus. Arg. L. 6. pr. D. de usufr. accresc. (7. 2.) L. 14. D. quib. mod. ususfr. amitt. (7.6.)

155) In Betreff der Prädialſervituten, welche per partes retinentur: L. 30. §. 1. D. de serv. praed. urb. (8. 2.) L. 27. D. de serv. praed. rust. (8. 3.); in Betreff untheilbarer Obligationen: L. 25. §. 9. 10. D. fam. ercisc. (10. 2.) L. 17. D. de servitut. (8. 1.) L. 2. 85. D. de V. O. (45. 1.)

156) Bd. 1, S. 272—313.

157) §. 5. J. de obl. quasi ex contr. (3. 27.)

mächtniſſe ſind nur giltig, ſoweit nach Abzug der Schulden der Erbſchaft noch ein Ueberſchuß an Vermögen ſich ergibt [158]). Eine Folge davon iſt, daß die Gläubiger der Erbſchaft, wenn ſie mit den Vermächtnißnehmern zuſammen separationem bonorum erwirkt haben, jedenfalls vor dieſen ihre Bezahlung aus dem erbſchaftlichen Vermögen verlangen können, wenn dieſes eben nicht zur Befriedigung aller Gläubiger und Vermächtnißnehmer hinreicht [159]). Gänzlich verfehlt aber iſt die Meinung, daß, wenn separatio bonorum nicht erwirkt worden iſt, auch die eigenen Gläubiger des zahlungsunfähigen Erben vor den Vermächtnißnehmern auf Befriedigung Anſpruch haben, weil kraft der alsdann eintretenden confusio bonorum die Gläubiger des Erben den Gläubigern des Erblaſſers gleichzuſtellen ſeien [160]). Dieſe Meinung konnte nur aus einer falſchen Vorſtellung von der ſogenannten confusio bonorum hervorgehen, als ob dieſe in einer vollſtändigen rechtlichen Vermiſchung der Vermögen des Erblaſſers und des Erben beſtände. Der Erbe repräſentirt den Erblaſſer, und deswegen ſind des letzten Gläubiger nun auch Gläubiger des Erben, gleich den übrigen Gläubigern deſſelben. Aber das Verhältniß iſt nicht reciprok, ſo daß umgekehrt die urſprünglich eigenen Gläubiger des Erben ſo zu betrachten wären, als ob ſie auch Gläubiger des Erblaſſers geweſen ſeien, und daher dieſen in aller Rückſicht gleichgeſtellt werden müßten. Die Sache iſt vielmehr einfach dieſe. Der Regel nach ſtehen Gläubiger des Erblaſſers und des Erben in gleichem Verhältniß zu dieſem; Gläubiger des Erben aber ſind auch die Vermächtnißnehmer, ſo weit die Vermächtniſſe giltig ſind, alſo namentlich ſo weit dieſelben nicht über den Betrag der activen Vermögensmaſſe hinaus gehen; ſie haben dann inſoweit auch jedenfalls gleiches Recht, wie alle übrigen, die aus irgend einem anderen Grunde Forderungen gegen den Erben erworben haben. Es iſt aber ihnen, gleich den Gläubigern des Erblaſſers, noch die beſondere Vergünſtigung gewährt, mit Ausſchließung anderer Gläubiger des Erben ſich nur an die Erbmaſſe halten zu können, d. h. separationem bonorum zu verlangen. Nach einer ſpäteren Juſtinianiſchen Verordnung iſt jedoch dem Erben auch vollſtändige Auszahlung der Vermächtniſſe, ſelbſt über den Activbeſtand der Erbſchaft hinaus, auferlegt, wenn er nicht für Errichtung eines ordnungsmäßigen Inventars der Erbſchaft Sorge getragen hat, durch welches der Beſtand der Erbſchaft ſicher feſtgeſtellt iſt [161]). Indeſſen war dieſe Lehre von Verpflichtungen des Erben durch beſondere Verfügungen des Erblaſſers hier nur im Allgemeinen zu berühren; das Nähere darüber iſt dem Art. Vermächtniſſe vorbehalten.

---

158) §. 1. J. de sing. reb. per fideicomm. rel. (2. 24.) L. 114. §. 3. D. de legat. I. cf. L. 1. §. 6. X. D. de legat. III. L. 11. §. 5. in f. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) „ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii.“ L. 1. §. 17. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

159) L. 4. §. 1. L. 6. pr. in f. D. de separation. (42. 6.) L. 22. §. 5. Cod. de iure delib.

160) Mühlenbruch, Lehrb. §. 709, Note 5.

161) Nov. 1. cap. 1. pr. cap. 2. §. 1. 2.

Endlich zum Schutze und zur Geltendmachung ſeines Erbverhältniſſes ſtehen dem Erben verſchiedene Rechtsmittel zu Gebote, theils proviſoriſche, theils definitive, über welche ebenfalls beſondere Artikel zu vergleichen ſind [162]). Der Erwerb der Erbſchaft mit ſeinen regelmäßigen Wirkungen kann übrigens ausnahmsweiſe wieder rückgängig gemacht werden, theils mit dem Willen des Erben, theils ohne denſelben. Mit dem Willen des Erben iſt es möglich kraft des beneficium abstinendi, welches den sui heredes gewährt iſt [163]), theils durch Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen die Antretung, oder, wenn von einem suus heres die Rede iſt, gegen die Einmiſchung, durch welche er ſich das beneficium abstinendi verluſtig gemacht hat. Dieſe letzte kann ſtattfinden, wenn die allgemeinen Vorausſetzungen der Reſtitution vorhanden ſind. Als Gründe derſelben (iustae causae) werden namentlich erwähnt Minderjährigkeit [164]), und Zwang zur Antretung [165]); dagegen kann der bloße Irrthum über den Beſtand der Erbſchaft nach Juſtinianiſchem Rechte um ſo weniger als Reſtitutionsgrund genügen, als der Erbe es in ſeiner Gewalt gehabt hätte, mittelſt des beneficium inventarii ſich gegen den möglichen Nachtheil der Erbantretung ſicher zu ſtellen [166]). Der Reſtituirte bleibt zwar ſtreng genommen heres; aber die Wirkungen des Erbverhältniſſes werden auf prätoriſche Weiſe durch exceptio und actionum denegatio zu nichte gemacht, ſo daß im Reſultat der Reſtituirte nicht anders geſtellt iſt, als ob er die Erbſchaft nicht angetreten habe, ebenſo wie der suus heres, wenn er von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht, wie denn auch in Beziehung auf die Reſtitution gegen die Erbantretung derſelbe Ausdruck abstinere se ab hereditate vorkommt [167]). Ohne Willen des Erben kann der

---

162) S. die Art. hereditatis petitio und interdictum quorum bonorum; und vgl. auch B. 2, S. 295—304.

163) Vgl. darüber Bd. 1, S. 856—871.

164) L. 1. Cod. si minor ab hereditate se abstineat. (2. 39.) L. 57. §. 1. D. de acquir. hered. (29. 2.) §. 5. J. de hered. qual. (2. 19.) L. 7. §. 5. D. de minorib. (4. 4.)

165) L. 85. D. de acquir. hered. L. 21. §. 5. D. quod met. causa. (4. 2.)

166) §. 6. J. l. c. cf. Cai. II. 163.

167) L. 7. §. 5. 10. L. 31. D. de minor. (4. 4.) Cf. L. 30. §. 10. 11. D. de fideicomm. hered. (40. 5.) Vgl. Bd. 1, S. 861—865. Ueber das Anwachſungsrecht in dieſem Falle vgl. daſ. S. 274. Daß auch in demſelben Maße, wie im Falle der Abſtinenz des suus heres, die Nacherben des Reſtituirten zur Erbſchaft gelangen können, iſt unbedenklich anzunehmen. L. 6. §. 3. D. de bonis lib. (38. 2.) L. 1. §. 10. L. 2. §. 10. D. ad SC. Tertull. et Orphit. (38. 17.) Vgl. B. 1, S. 865—868. Mit Unrecht aber wird dort die Meinung beſtritten, daß durch bonorum possessio ex edicto successorio alle nachfolgenden Erben die Erbſchaft erhalten können, wenn nur nicht gegen die bereits agnoſcirte bonorum possessio ein früher Berufener Reſtitution erlangt hat. L. 2. D. de succ. ed. (38. 9.); denn die bonorum possessio iſt eben nur inſofern sine re, als ein beſſer berechtigter Civilerbe die Erbſchaft evincirt, was von Seiten des Reſtituirten regelmäßig nicht geſchehen wird; Cai. III. 37. Ulp. XXVIII. 13. Dem Fiscus aber werden die bona als vacantia erſt dann zugeſprochen, wenn certum esse coepit neque heredem neque bo-

Erwerb rückgängig gemacht werden theils civilrechtlich durch Reſciſſion des Teſtamentes, durch welches die Erbſchaft deferirt war [168]), theils nach prätoriſchem Rechte dadurch, daß ein vorgehender Erbe gegen die Ablehnung der Erbſchaft reſtituirt wird [169]). Auch kann die erworbene Erbſchaft wegen Unwürdigkeit dem Erben entriſſen werden [170]). Weſentlich verſchieden von der Aufhebung des Erwerbes der Erbſchaft iſt die Veräußerung derſelben. Dieſe iſt dem Erben geſtattet, ſowohl nachdem er die Erbſchaft erworben hat, als auch ſchon im Voraus, ſelbſt ehe ihm dieſelbe deferirt worden iſt [171]). Durch ſolche Veräußerung kann aber derjenige, welcher einmal Erbe geworden iſt, nicht von der Erbſchaft ſich losſagen und den anderen Contrahenten zum eigentlichen Erben an ſeiner Statt machen [172]); und derjenige, welcher noch nicht Erbe geworden iſt, überträgt durch die Veräußerung eben ſo wenig die Möglichkeit, ſelbſt Erbe zu werden, auf den anderen Contrahenten [173]). Vielmehr entſteht daraus überall nur ein obligatoriſches Verhältniß zwiſchen dem Veräußerer und dem anderen Contrahenten, kraft deſſen unter dieſen rückſichtlich der Vortheile und der Laſten der Erbſchaft materiell daſſelbe Reſultat zu erzielen iſt, als ob dieſer und nicht jener der Erbe wäre [174]), und im Falle der Veräußerung einer noch nicht erworbenen Erbſchaft insbeſondere iſt der Veräußerer verpflichtet, zu jenem Zwecke dieſelbe anzutreten, und

---

norum possessorem extare, L. 1. §. 2. D. de iure fisci. (49. 14.), und nur unter derſelben Vorausſetzung wird den Gläubigern bonorum possessio und venditio geſtattet. L. 1. pr. D. de succ. ed. (38. 9.) Cai. III. 78. Daß nach L. 7. §. 10. cit. der dem reſtituirten Minderjährigen ſubſtituirte Sclave nur ausnahmsweiſe (si non est solvendo hereditas) zur Erbſchaft zugelaſſen wurde, erklärt ſich daraus, daß ein Unfreier nicht bonorum possessio agnoſciren konnte, die Freiheit aber civilrechtlich dem Sclaven nur zu Theil wurde, wenn der Subſtitutionsfall nach Civilrecht eintrat, was durch die Antretung des Inſtituirten ausgeſchloſſen war. — Ueber einen beſonderen Fall vgl. noch L. 8. §. 6. Cod. de bon. quae lib. (6. 61.) Note 95.

168) L. 21. §. 2. D. de inoff. test. (5. 2.)

169) L. 2. Cod. si minor ab hered. se abstin. (2. 39.) L. 1. 2. Cod. si ut omissam hered. acquirat. (2. 40.) L. 7. §. 10. D. de minor. (4. 4.)

170) Vgl. den Art. ereptitia.

171) L. 7. 10—13. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.) Cf. L. 3. §. 2. D. pro socio. (17. 2.)

172) L. 88. in f. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 2. 6. Cod. de hered. vel. act. vend. (4. 39.)

173) Nach vorjuſtinianiſchem Rechte konnte zwar die legitima hereditas delata nondum adita mit ſolcher Wirkung einem Anderen in iure cedirt werden, Cai. II. 35. III. 85—87. Ulp. XIX. 13. 14., und Manche halten denn eine ſolche Uebertragung ohne die Form der in iure cessio auch nach neuerem Rechte noch für möglich. Puchta, Lehrb. §. 495, Anm. 1. Beseke, de alienat. hered. (Hal. 1774.) p. 119. sq. Allein im Juſtinianiſchen Rechte wird deſſen nirgends erwähnt, das Recht aus der Delation der Erbſchaft aber als ein perſönliches, nicht einmal vererbliches, daher auch gewiß nicht veräußerliches angeſehen (vgl. oben Nr. I. a. E.); daher iſt jene Meinung gewiß verwerflich. Mühlenbruch, Pand. §. 710, Note 4. Es kann aber wohl die Veräußerung der deferirten Erbſchaft ſelbſt ſchon die Antretung in ſich ſchließen oder vielmehr ausſprechen. Mayer, Erbr. Bd. 1, §. 129, Note 1.

174) L. 2. §. 9. 10. D. de hered. vel act. vend.

haftet für Erſatz, inſofern er durch ſeine Schuld, gegen den Inhalt des Vertrages, den wirklichen Erwerb der Erbſchaft nicht macht, und daher dieſelbe auch dem anderen Contrahenten nicht zuwenden kann[175]). Der Umfang der gegenſeitigen Verbindlichkeiten iſt mit Rückſicht auf die Eigenthümlichkeit des Gegenſtandes näher zu beſtimmen nach der Natur des Veräußerungsgeſchäftes; die Quellen enthalten genauere Beſtimmungen nur in Anſehung des Verkaufes der Erbſchaft, die aber größtentheils auch bei anderen Veräußerungsgeſchäften analog anzuwenden ſind[176]). Der Verkäufer muß dem Käufer alle in der Erbſchaft begriffenen Vermögensvortheile überlaſſen und übertragen[177]), insbeſondere die Sachen der Erbſchaft, ſofern er nicht ohne ſeine Schuld dazu außer Stand iſt, tradiren[178]), und die erbſchaftlichen Forderungen oder Klagrechte abtreten, damit der Käufer ſelbſt die einzelnen Anſprüche verfolgen möge[179]). Doch bedarf es nach dem Verkaufe der Erbſchaft nicht mehr einer beſonderen Ermächtigung (mandatum ad agendum) zur Anſtellung der einzelnen erbſchaftlichen Klagen; ſondern in jenem liegt ſchon eine allgemeine Abtretung derſelben, vermöge deren ſie als utiles actiones ſofort vom Käufer angeſtellt werden können[180]). Dagegen können die Gläubiger der Erbſchaft nicht ohne Weiteres an den Käufer derſelben verwieſen werden; ihnen bleibt vielmehr der Verkäufer als der eigentliche Erbe verhaftet[181]). Aber der Käufer iſt dieſem verpflichtet, da er, wie den Vortheil, ſo auch den Nachtheil der Erbſchaft zu übernehmen hat, entweder gegen die Klagen der Gläubiger der Vertheidigung ſich zu unterziehen und dieſelben gebührend zu befriedigen, oder Erſatz dafür zu leiſten, wenn der Verkäufer aus dem Seinigen, was recht iſt, zu ſolchem Zwecke hergegeben hat[182]), ſo wie dem Verkäufer überhaupt für alles dasjenige Erſatz gebührt, was etwa auf Koſten ſeines anderweitigen Vermögens über den eigentlichen Betrag der Erbſchaft hinaus dem Käufer zu Theil werden mag, z. B. durch confusio[183]); dahingegen umgekehrt dieſer auch im Zweifel zu fordern berechtigt iſt, was dem Erblaſſer gegen den Erben zuſtand[184]).

Singuläres Recht aber gilt in Betreff der Veräußerung einer Erb-

---

175) L. 8—12. D. l. c. Iſt der andere Contrahent ſelbſt der Nächſtberufene nach dem Veräußerer, ſo kann des letzten Verbindlichkeit auch blos darauf ſich beſchränken, daß er die Erbſchaft ablehne und ſo jenem die Antretung derſelben überlaſſe. L. 5. §. 5. D. de iure dot. (23. 3.) L. 14. §. 3. D. de fundo dotali. (23. 5.)

176) Dig. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.) Cod. 4. 39.

177) L. 1. §. 1. 4. 5. et sq. D. h. t. Ob auch den accreſcirenden Erbtheil? wird auf die Interpretation des Vertrages ankommen. Vgl. Bd. 1, S. 272.

178) L. 2. §. 3. L. 14. §. 1. D. h. t. L. 4. 6. Cod. h. t.

179) L. 2. §. 8. D. h. t.

180) L. 5. Cod. h. t. L. 16. pr. D. de pactis. (2. 14.) (rescriptum est a Divo Pio).

181) L. 2. Cod. h. t. So auch den Legatarien, L. 2. Cod. de legatis. (6. 37.)

182) L. 2. Cod. h. t. L. 2. in f. Cod. de legat. L. 2. §. 7. D. h. t.

183) L. 2. §. 17—20. cf. §. 11. 16. D. h. t.

184) L. 2. pr. §. 3. D. h. t.

ſchaft durch den Fiscus. Hier wird der Käufer wirklich Univerſalſucceſſor anſtatt des verkaufenden Fiscus, und es haben die Gläubiger der Erbſchaft auch nur gegen jenen ihre Klagen zu richten[185]). Dieß iſt zwar neuerdings in doppelter Beziehung beſtritten worden[186]). Erſtens nämlich ſoll durch die Stellen, welche die unmittelbare Haftung des Erbſchaftskäufers in dem angegebenen Falle ausſprechen, keineswegs die Anſicht begründet werden, daß derſelbe in Wahrheit Univerſalſucceſſor werde. Dann aber ſoll durch ſpätere Verordnungen[187]) ein ſolcher Käufer ſchlechthin von allen Anſprüchen der Gläubiger befreit und dieſen nur binnen vier Jahren der Regreß gegen den veräußernden Fiscus übrig gelaſſen ſein. Allein die erſte Meinung ſträubt ſich vergeblich, eine Univerſalſucceſſion anzuerkennen, wo alle weſentlichen Merkmale einer ſolchen offenbar vorliegen[188]); und die andere beruht auf falſcher Anwendung eines Geſetzes, welches keinen anderen Zweck hat, als demjenigen, welchem vom Fiscus Etwas verkauft oder ſonſt veräußert wird, den Gegenſtand dieſes Geſchäftes gegen alle irgend begründeten Rechtsanſprüche dritter Perſonen zu ſichern, wobei aber wohl zu beachten iſt, daß der Gegenſtand des Erbſchaftskaufes nicht dieſes oder jenes einzelne Vermögensobject iſt, ſondern die Geſammtheit der Erbſchaft mit allen Rechten und Verbindlichkeiten, Vortheilen und Laſten[189]). Arndts.

---

185) L. 1. Cod. h. t. L. 41. D. de iure fisci. (49. 14.) Daher wird dieſem Käufer auch utilis hereditatis petitio gegeben. L. 54. D. de hered. pet. (5. 3.)

186) Kämmerer, in der Ztſchr. für Civilr. u. Proz. Bd. 9, 11, S. 346—413.

187) L. 2. 3. Cod. de quadriennii praescriptione. (7. 37.) Cf. §. ult. J. de usucap. (2. 6.)

188) Der Vf. gibt wohl zu, daß nach L. 1. Cod. h. t. die Gläubiger ſich nur an den Käufer halten und den Fiscus gar nicht mehr in Anſpruch nehmen könnten, auch nicht in subsidium, wenn etwa jener nicht mehr zahlungsfähig wäre (S. 364), in welchem Falle keineswegs blos „ein Umweg im Prozeßverfahren abgeſchnitten iſt.“ Wenn nun aber die erbſchaftlichen Klagen ſowohl paſſiv als activ auf den Käufer übergehen, ſei es auch als utiles actiones, ſo iſt wahrlich nicht einzuſehen, warum dieß weniger Univerſalſucceſſion ſei, als die des bonorum possessor oder des Univerſalfideicommiſſars nach dem SC. Trebellianum. Daß die hereditatis petitio gegen den Käufer utilis genannt wird (L. 13. §. 9. D. de her. pet.), beweiſt nichts; denn auch die Klage gegen den Univerſalfideicommiſſar iſt utilis. Arndts, Beiträge Bd. 1, S. 36, 37. Aber auch die Behauptung, daß die Univerſalſucceſſion eine civilrechtliche ſei (Arndts a. a. O. S. 60), kann nicht aufgegeben werden, wie der Vf. S. 362, Note 32, verlangt. Der Grund, warum der sector bonorum civiliter in universum ius ſuccedirte, war der, weil ihm öffentlich im Namen des Volkes durch einen Schatzbeamten das geſammte Vermögen zugeſchlagen wurde (publicatione, sub hasta). L. 65. §. 12. D. pro socio. (17. 2.) §. 7. J. de societate. (3. 25.) Varro, de re rust. II. 10. Dieß aber geſchah ohne Zweifel auch bei dem Verkaufe der dem Fiscus zugefallenen Erbſchaften. Dieß nimmt auch Stieber, de bonorum actione, ausdrücklich an (pag. 3. 5. 15.), und zwar mit Bezugnahme auf L. 1. Cod. cit., und ſpricht alſo nicht blos, wie Kämmerer ſagt, von einem Falle, „der mit dem unſrigen nichts zu thun hat.“

189) Daher iſt allerdings L. 13. §. 9. D. de hered. pet. durch dieſe Ge-

Erbvertrag, Succeſſionsvertrag[1] (pactum successorium s. hereditarium)[2], heißt ein Vertrag, wodurch die Beerbung eines der Contrahenten beſtimmt wird[3]). Die älteren Juriſten haben ſucceſſiv eine große Menge von Eintheilungen des Erbvertrags erſonnen, die wir hier, um der Vollſtändigkeit willen, anführen, während, wie viel oder wie wenig davon brauchbar ſei, ſich aus dem Folgenden ergeben wird. Die ältere Theorie, welche nicht das Erbrecht, ſondern, wie unten gedacht, den Nachlaß im Allgemeinen, alſo auch res singulares als Gegenſtand des Erbvertrages anſah, pflegte, abweichend von unſerer ſo eben gegebenen Definition, zu den Erbverträgen auch die Verträge über den Nachlaß eines Dritten mitzurechnen, und ſo theilte man[4]) die Erbverträge ein in wahre, eigentliche Erbverträge (pacta de hereditate deferenda), deren Object eine noch nicht angefallene Erbſchaft iſt, und uneigentliche Erbverträge (Erbreceſſe, Erbvertheilungen, Erbtheilungsverträge, Erbvergleiche, Abfachungen, Abſchichtungen, pacta successoria divisoria s.

ſetze antiquirt, weil ſie von einer Klage gegen den Käufer ſpricht, welche die erkaufte Hereditas als Ganzes anſicht (Arndts a. a. O. S. 37); wer aber auch L. 1. Cod. cit. dadurch für aufgehoben erklärt, der bürdet den Compilatoren ohne Noth ein weit gröberes Verſehen auf, und wendet zudem eine Verordnung, die weſentlich auf den Vortheil des Fiscus berechnet iſt, auf ganz ungeeignete Weiſe zu deſſen Nachtheil an.

1) Außer den Schriften, welche nachſtehend bei einzelnen Materien angezogen ſind, verweiſen wir noch auf Hebestreit, vindiciae veri valoris pactorum successoriorum. Erford. 1768. de Cannegiesser, decis. Cassel. T. IV. Dec. 102. p. 11. de pactis success. eorumque requisitis. Zachariae liber quaestionum (Viteb. 1805), Nr. 17. p. 123.: de iure pactorum successor. Wagner, Zeitſchr. für öſterreich. Rechtsgelehrſamkeit. Jahrg. 1, Hft. 1, S. 345.: Von dem Erbvertrage und dem Advitalitätsrechte. Die ältere Literatur, ſowie Nachrichten über einige merkwürdigere ſtatutariſche Rechte, dieſen Gegenſtand betr., ſiehe bei Mittermaier in der in nachſtehender Not. 3) angezogenen Privatrechtsſtelle Note 1, ingleichen bei Runde, in derſelben Note 3) allegirt, Note a. Praktiſche Beiſpiele finden ſich beſonders aufgeführt in dem Note 98) angeführten Pfeiffer'ſchen Werke, S. 335, in der Note 7) aufgeführten Schröder'ſchen Diſſertation S. 14, endlich in von Löw, germaniſtiſche Rechtsfälle (Heidelberg 1836), S. 309 flg.

2) Scheidlein, Miscellen aus dem Gebiete der bürgerlichen Geſetzgebung des öſterreichiſchen Kaiſerſtaates, Hft. 3, Abth. 2, §. 113, S. 39: Was iſt ein Erbvertrag? u. ſ. w.

3) So nach den neueſten Unterſuchungen von Haſſe, über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbſchaft u. ſ. w. im Rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz, Jahrg. 2, S. 150. Beſeler, die Lehre von den Erbverträgen, Th. 2, Bd. 1, S. 24. Vgl. Mertens, de confirmatione iudiciali pactorum successor. (Lipsiae 1827), §. 1. p. 5. Stryk, tract. de successione ab intestato, diss. VIII. de pactis successoriis cap. 1. §. 6. p. 615., gegen die ſonſt allgemeine Theorie, welche den Nachlaß ſelbſt als Object des Erbvertrages annahm: Runde, Grundſ. d. teutſch. Privatrechtes, §. 654. Danz dazu im Handbuche Bd. 7, S. 371. Eichhorn, Einl. in das teutſche Privatrecht, §. 338. Mittermaier, Grundſ. des teutſchen Privatrechtes, §. 402.

4) Mertens l. c. cap. 1. §. 1. p. 5. Klingner, diss. de pactis cohaeredum divisoriis. Erford. 1730.

pacta de hereditate iam delata), deren Object eine ſchon angefallene Erbſchaft ausmacht. Die noch nicht angefallene Erbſchaft rührt entweder von einem der Contrahenten her — pactum de hereditate propria, oder von einem Dritten — pactum de hereditate tertii v. aliena. Dieſe letzte angebliche Art der Succeſſionsverträge[5]) hat viele Streitigkeiten in der Rechtswiſſenſchaft hervorgerufen. Nach römiſchem Rechte gelten Verträge über die zukünftige Erbſchaft eines beſtimmten, von einem der Contrahenten ex testamento oder ex lege zu beerbenden Dritten — über den Nachlaß eines unbeſtimmten Dritten, tertii cuiusdam incerti, kann giltig paciscirt werden — nur wenn der Dritte ſeine Zuſtimmung (gleichviel ob vorher oder nachher[6])) dazu ertheilt hat und dabei bis an ſeinen Tod geblieben iſt. Einige andere Ausnahmen gehören nicht hierher[7]). Außerdem wird ein ſolcher Vertrag, als verhaßt, gefährlich und gegen die guten Sitten laufend, für ungiltig erklärt. Geſetzesworte: omnes eiusmodi pactiones odiosae esse videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus etc., omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli etc. Nimmt man mit mehreren Schriftſtellern deren jetzige unbedingte Giltigkeit an, ſo können ſie, da nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen jeder Vertrag nur die Paciscenten verbindet, doch nie ein Erbrecht ſelbſt erwirken, ſondern nur beſtimmen, wie es mit der Ausübung eines aus einem andern Titel überkommenen Erbrechtes gehalten werden ſoll, oder, in welcher Maße es auch ausgedrückt wird[8]), ſie gelten in der Art, daß zwar der nicht mit contrahirende Dritte nicht gebunden iſt, jedoch die Contrahenten ſelbſt keine Einreden gegen ihre Erklärungen machen können. Neuerlich iſt aber jede Giltigkeit des pactum de hereditate tertii, inwiefern ſolche nicht im römiſchen Rechte begründet iſt, geleugnet worden, und zwar aus folgenden Gründen[9]): Wolle man jeden Vertrag über eine Erbſchaft einen Erbvertrag nennen, ſo ſeien freilich der Contract über eine fremde, auch der Vertrag über eine ſchon angefallene Erbſchaft, namentlich deren Verkauf, ebenfalls Erbverträge. Allein die Frage, ob ein Vertrag ein Erbvertrag ſei, hänge davon in der Hauptſache ab, ob die eigentliche Beerbung, das Erbrecht für den einzelnen Fall durch den Vertrag beſtimmt werde, oder nicht? Dieß könne nun nur durch einen Vertrag mit dem

---

5) Reinharth, de pacto circa hereditatem tertii. Erford. 1718.

6) Gebrüder Overbeck, Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, Bd. 4, S. 189.

7) c. ult. C. de pactis. (2. 3.) L. 7. §. 17 u. 18. D. de pactis. (2. 14.) L. 3. §. 1. D. pro socio. (1. 2.) Stryk, l. c. cap. 2. p. tot. praes. §. 5 u. 6. Runde a. a. O. §. 656. Danz dazu a. a. O. S. 373. Mittermaier a. a. O. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Bd. 3, Bch. 5, §. $4\frac{2}{4}7$. Mertens l. c. cap. 1. §. 1. p. 12. Schröder, de pactis successoriis (Lipsiae 1835), cap. 1. §. 3. p. 12. Göſchen-Errleben, nachſtehend Note 12, S. 4, angezogen Bd. 2, §. 432.

8) Mittermaier a. a. O.

9) Vorzüglich von Haſſe a. a. O. S. 218 flg. und ihm iſt beigetreten Beſeler a. a. O. S. 24 flg.

Erblaſſer geſchehen, der allein im Stande ſei, mit Ueberſchreitung des Geſetzes die Erbfolge in ſeinen Nachlaß zu beſtimmen. Das Object des Vertrages über die Erbſchaft eines Dritten aber ſei nur, daß der eine Contrahent ſich verpflichte, was ihm an Vortheil aus der Erbſchaft des Dritten zukomme, an den anderen Contrahenten herauszugeben. Dadurch werde jedoch die Erbfolge nicht geändert, Succeſſor bleibe derjenige, der es ſonſt war, und der andere Contrahent ſuccedire dem Erblaſſer weder univerſell noch ſingulär. Während der Erbvertrag ein wahres Erbrecht begründe oder aufhebe, komme das pactum d. hered. tert. nur mittelbar zu dieſem Reſultate, es werde dadurch blos eine Obligation conſtruirt auf Herausgabe der nach dem Tode des Erblaſſers dem urſprünglichen Erben deferirten Verlaſſenſchaft. Daher hätten ſolche Verträge mit Erbverträgen nur eine zufällige factiſche Aehnlichkeit, gehörten aber in das Obligationenrecht, wie hereditas vendita, und mit den Verträgen über eine ſchon angefallene Erbſchaft unter ein und daſſelbe Genus. Es könne deßhalb von der Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Erbverträge gar kein Schluß auf die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Verträge über die Erbſchaft eines Dritten gemacht werden, und umgekehrt. Wären ſie nun — gewiſſe Ausnahmen abgerechnet — nach römiſchem Rechte, wie gedacht, ungiltig, könne irgend ein poſitives gemeinrechtliches Geſetz für die Giltigkeit dieſer Verträge nicht nachgewieſen werden; bezögen alle diejenigen Schriftſteller[10]), welche die Praxis für dieſe Verträge anführten, ſich in der Hauptſache auf die für die Giltigkeit der Erbverträge ſtreitende Praxis, während doch die Verträge über die Erbſchaft eines Dritten nicht zu den Erbverträgen gehörten: ſo ſei kein Grund vorhanden, ſie, gegen die klaren Vorſchriften des römiſchen, alſo des gemeinen teutſchen Rechtes, für giltig zu halten. Denn die Gründe, warum das römiſche Recht dieſe Contracte — anders bei den Erbverträgen — für unſittlich, gefährlich u. ſ. w. halte, lägen darin, daß die römiſchen Juriſten ſchon in der Voreiligkeit, womit über den Nachlaß einer noch lebenden Perſon verhandelt werde, etwas Unwürdiges und Verwerfliches ſähen, zumal wenn es hinter dem Rücken des Erblaſſers geſchehen ſei, wo die Handlung ſich als verſtohlen, oder doch gegen den Willen des Erblaſſers vorgenommen, ſonach als verboten und als Beleidigung des Letzteren characteriſire u. ſ. w. — Lauter Gründe, die in jedem Volke und zu jeder Zeit im Allgemeinen dieſelbe Kraft bewieſen. „Unziemlichkeit und Beleidigung gegen den Erblaſſer, ja oft wahre Niederträchtigkeit und Gefahr nach allen Seiten hin (pactiones odiosae et plenae tristissimi et periculosi eventus) ſei immer noch dieſen Verträgen nicht abzuſprechen, zumal wenn ſie mit abſichtlicher Verheimlichung gegen den Erblaſſer, oder gar wider ſein Verbot eingegangen würden.“ Es müſſe alſo dieß Verbot gelten, wenn nicht ein ſpäterer Rechtsgebrauch nachgewieſen würde. Daß aber dieſer erwieſen werden könne, oder gar ſchon erwieſen ſei, wird geleugnet und ſich deſ-

---

10) Haſſe, a. a. O. S. 228 u. 229, nennt hier Eichhorn, Thibaut, Mittermaier und Reinharth.

halb auf mehrere Schriftſteller[11]) bezogen. Auch wir ſind der Meinung, daß das pactum d. her. t. nicht zu den Erbverträgen gerechnet werden könne, und haben die Hauptmomente dieſes theoretiſchen Streites nur zu unſerer Rechtfertigung dafür, daß wir hier nicht weiter auf die Theorie dieſer Verträge eingehen, angedeutet. Die Bemerkung fügen wir bei, wie wir, gedachter Anſicht ungeachtet, dennoch den mehreſten ausgezeichneten Rechtslehrern[12]) beiſtimmen, daß die römiſchen Geſetze gegen Verträge über die Erbſchaft eines Dritten bei uns keine Anwendung finden. Denn die Gründe dazu beruhen lediglich auf dem, einem ganz beſonderen Character huldigenden, den Römern eigenthümlichen Schicklichkeitsgefühle, von dem die jetzigen, namentlich die teutſchen Anſichten ganz abweichen. Wenn nämlich auch einer oder der andere leichtſinnige junge Menſch ſich, als ſolcher, durch die Dispoſition über eine ihm künftig anfallende Erbſchaft characteriſirt, ſo iſt doch der Fall, daß ein ſorgfältiger Hausvater, getrieben von dieſer Sorgfalt, einen ſolchen Contract ſchließt, ebenſo möglich, und Niemand wird, wenn dadurch wirklich die Erreichung einer rechtlichen und redlichen Abſicht bezweckt wird, dieß bei uns für unziemlich, gefährlich oder gar niederträchtig halten. Nur fordert die gute Sitte bei uns — und gerade dadurch characteriſirt ſich die gänzliche Verſchiedenheit unſerer Sitte von der römiſchen — daß in der Regel der Erblaſſer, um ſein Gefühl nicht zu verletzen, nichts von dieſem Vertrage erfahre, während durch das römiſche Geſetz gerade eine ſolche Verheimlichung gerügt wurde — ein deutlicher Beweis, daß dieſes Geſetz nicht mehr auf unſere Sitte paſſe, alſo nicht mehr anwendbar

---

11) Haſſe beruft ſich a. a. O. S. 235, Note 108 auf: Pufendorf, observationes iur. univ. T. III. obs. 12., der über die allgemeine Praxis nichts ſagt, vielmehr aus Haſſe's Gründen auch deſſen Meinung äußert, übrigens zugeſteht, daß Böhmer, de succ. hered. coni. ex pact. dot., exempla quaedam contraria ex domo Palatina referire und ſich nur auf ein Erkenntniß des wolfenbütteliſchen Oberappellationsgerichtes, deſſen Mitglied er war, bezieht; auf Heineccii elementa iur. germ. Lib. 2. Tit. 6. §. 168., welcher ſich über die Praxis auch nicht erklärt; Leyseri med. ad D. Vol. 5. u. 6. spec. 375. med. 27., wo nicht ein einziger Grund für die Behauptung angeführt wird, ſondern die ganze Meditation vom Anfange bis zu Ende aus der Zeile beſteht: Damnatur pactum de tertii inviti hereditate initum; auf Stryk l. c., welcher ziemlich ganz aus den Haſſe'ſchen Gründen ſich auch für dieſe Meinung, aber nicht über die Praxis erklärt. Nur Berger, in oecon. iur. Lib. 2. Tit. 4. §. 48. Not. 1. führt ein Erkenntniß der wittenberger Facultät für die jetzt Haſſe'ſche Meinung an. Es bleibt zweifelhaft, ob dieß mehr für Berger's Anſicht beweiſen dürfte, als die auf Haſſe's Antrag abgefaßte, zwei entgegengeſetzte frühere Erkenntniſſe reformirende Entſcheidung des Spruchcollegiums, deſſen Mitglied er war, für ſeine Anſicht. Dieſer iſt übrigens auch Kopf in den merkwürdigen Rechtsſprüchen, Bd. 1, S. 33, beigetreten.

12) Wir beziehen uns auf die ſämmtlichen oben in der Note 7) angeführten Schriftſteller (mit Ausſchluß Stryk's) und fügen ihnen unter den neueſten noch bei: Göſchen, Vorleſungen über das gemeine Civilrecht herausgeg. von Erxleben, Bd. 3, §. 956, S. 431; unter den älteren Hommel, rhapsod. quaest. obs. 59.

iſt. Doch unſere Geſetze ſelbſt, und zwar die Lehengeſetze[13]), brechen über jene römiſche Vorſchrift den Stab, da ſie die in einem ganz gleichen Character handelnde Eventualinveſtitur in ihr Syſtem aufgenommen haben.

Die eigentlichen Erbverträge theilt man ein in pacta hereditaria affirmativa und negativa s. renunciativa, renunciative Erbverträge, oder, nach Haſſe[14]), Enterbungsverträge, nach Beſeler[15]) Erbverzichte (franzöſiſch renonciation à une succession future), je nachdem einem der Contrahenten ein Erbrecht zugeſichert, oder auf eine dem einen Contrahenten zuſtehende Erbſchaft renunciirt wird. Dieſe letzte Handlung[16]) hat zwar häufig zur Folge, daß die von dem einen Contrahenten ausgeſchlagene Erbſchaft nunmehr der Andere oder ein Dritter[17]) erhält und ſo iſt, nam ntlich im erſten Falle, ein renunciativer Vertrag häufig zugleich ein acquiſitiver; doch iſt dieß oft auch nicht der Fall, oder die Renunciation geſchieht mindeſtens nicht zum Vortheile des anderen Contrahenten, und ſo hat man daraus den Grundſatz gebildet, daß in dem renunciativen Erbvertrage der acquiſitive nicht nothwendig begriffen iſt[18]). Die Renunciation kann entweder mit oder ohne Einſchränkungen geſchehen, welches Letztere z. B. bei den unter dieſe Kategorie gehörigen weiblichen Erbverzichten des teutſchen Adels der Fall zu ſein pflegt, die gewöhnlich auf den ledigen Anfall[19]) beſchränkt ſind und kein Regredientenerbrecht begründen (ſ. w. u. den Schluß dieſes Artikels). Jeden Falles müſſen nach den allgemeinen Grundſätzen über Verzicht auch dieſe verzichtenden Erbverträge ſtreng erklärt werden. Ob bei einem von einer Frau abgeſchloſſenen renunciativen Erbvertrage die Beſtärkung deſſelben durch den Eid nöthig ſei, iſt, wenigſtens nach Particulargeſetzen[20]), ſtreitig. Auch ſind bei dieſer Art von Verträgen die Civilrechtsgrundſätze über die Frage zu berückſichtigen, inwiefern von einem Kinde bei Lebzeiten der Eltern durch Vertrag mit dieſen auf den Pflichttheil renunciirt werden kann[21]).

Der affirmative Erbvertrag zerfällt nach den älteren Theo-

---

13) I. F. 27. II. F. 26. §. 2. Vgl. Böhmer, principia iur. feud. §. 169. Weber, im Handbuch dazu, Th. 4, S. 116.

14) A. a. O. S. 151.

15) A. a. O. S. 20.

16) Welche der Sachſenſpiegel (I. 13.) durch „verloben" im Gegenſatze von „geloben" ausdrückt: „Hadden awer ſe ir ervedelunge daran verloft" u. ſ. w.

17) Hier tritt auch die Frage ein, ob auf dieſe Art ein Dritter zum Erben eingeſetzt werden kann? Vgl. d. Art. Ehevertrag, Bd. 3, S. 605.

18) Runde und Danz a. a. O. §. 657.

19) Dahm, de natura renunciationis bis auf den ledigen Anfall. Mog. 1746. Pütteri sylloge commentationum ius priv. princip. illustr. num. I. de iure foeminarum etc.

20) Gottschalk, disceptationes forenses, p. 1. disc. 13.: Ad pactum hereditatis renunciativum a foemina ineundum an et quatenus iure Saxon. opus sit praestatione iuramenti?

21) c. 35. C. de inoffic. testam. (3. 28.) Bauer, diss. de pacto hereditatis renunciativo perfecto etc. Lipsiae 1783.

rien gewöhnlich in mehrere Arten[22]), deren erſte a) der conſervative Erbvertrag (pact. hered. conservativum) derjenige iſt, wodurch Jemand, dem ohnehin ſchon ein Erbrecht zuſteht, dieſes ſich zu ſichern ſucht. Dieß geſchieht z. B. durch Vertrag mit dem Erblaſſer dahin, daß dieſer keinen Anderen zum Erben einſetzen kann, durch Vertrag des Notherben mit dem Erblaſſer über anſcheinend vorliegende Enterbungsurſachen, ſo daß alſo die Meinung, als ob dieſer Vertrag entweder wirkungslos, oder ein acquiſitiver Erbvertrag ſei, ſich als ungegründet zeigt[23]). Selbſt das römiſche Recht billigt gewiſſermaßen dieſe Art von Verträgen[24]). b) Der acquiſitive Erbvertrag, Erbvertrag im engern Sinne, nach Haſſe: Beerbungsvertrag, nach Beſeler: Erbeinſetzungsvertrag[25]) (pactum hereditarium acquisitivum, franzöſiſch institution d'héritier contractuelle), iſt der Vertrag, wodurch ein bis dahin nicht beſtehendes Erbrecht erworben wird[26]), nach dem Sachſenſpiegel (II, 30): wodurch eine Erbſchaft „gelobt" wird[27]). c) Der Ausdruck, dispoſitiver Erbvertrag, wird in der Regel in dem Falle gebraucht, wenn der Erblaſſer ſich verpflichtet, ſeinen Nachlaß einem Dritten, nicht dem Mitcontrahenten, zu geben[28]). Doch wird mit dieſem Ausdrucke auch zuweilen ein anderer Sinn verbunden[29]). Gleichbedeutend, wenigſtens als verbunden damit, wird oft[30]) d) der Ausdruck reſtitutiver Erbvertrag (pactum heredit. restitutivum) gebraucht, nach Haſſe[31]): Univerſalfideicommiß durch Vertrag, d. i. ein Vertrag, wodurch einer dritten Perſon ein Erbrecht zur zweiten Hand dadurch erlangt wird, daß der eine der Contrahenten die Erbſchaft des anderen Contrahenten, Behufs der Abtretung an jenen Dritten, erhält[32]). Verſchieden davon[33]) iſt eine vulgäre Subſtitution durch Vertrag, d. i. eine Erbeinſetzung zur zweiten Hand durch Vertrag in Ermangelung des erſten geſetzlichen, teſtamentariſchen oder Vertragserben[34]).

---

22) Mittermaier a. a. O. Note 2.

23) Schlagend nachgewieſen von Beſeler a. a. O. S. 20 gegen Hebestreit l. c. cap. 2. §. 16.

24) §. ult. J. de legit. agnat. success. (3. 2.) L. 18. D. d. adopt. (1. 7.) C. 11. C. de legitim. hered. (6. 58.) L. 132. D. d. verb. oblig. (45. 1.)

25) Beſeler a. a. O. S. 19.

26) Kopf a. a. O. S. 26: Ob acquiſitive Erbverträge für rechtsgiltig zu achten?

27) „Sve ſo yme erve to ſeget nicht von ſibbe halven, denne von gelovedes halven."

28) Runde und Danz a. a. O. §. 658. Haſſe a. a. O. S. 154. Mertens l. c. p. 7.

29) Madihn, principia iur. civ. P. 1. §. 195. M. vgl. übrigens Beſeler a. a. O. S. 21 flg.

30) Z. B. von Eichhorn a. a. O. §. 338. Vgl. Mertens l. c. §. 7.

31) A. a. O. S. 153.

32) Runde a. a. O. Mertens l. c.

33) Ueber ihre Giltigkeit ſ. Beſeler a. a. O. S. 231.

34) Haſſe a. a. O. S. 153.

Der reſtitutive Erbvertrag unterſcheidet ſich vom Fideicommissum heredi praesenti iniunctum[35]) dadurch, daß es bei Letzterem blos auf die Wiſſenſchaft des Erben durch den Erblaſſer ſelbſt, nicht auf Jenes Zuſtimmung, bei Erſterem lediglich auf die Zuſtimmung des contrahirenden Erben ankommt[36]).

Rückſichtlich des Objectes wird der Erbvertrag noch eingetheilt in den univerſellen, nach Haſſe[37]): Beerbungsvertrag, und particulären, nach Haſſe: Vermächtnißvertrag (pactum successorium universale[38]) et singulare), je nachdem der Erbvertrag eine universitas iuris, oder eine res singularis zum Gegenſtande hat. Die Meinungen darüber ſind ungemein getheilt, indem man einerſeits[39]) verſucht hat, dem ſ. g. Vermächtnißvertrag eine feſte Stellung zu anderen Inſtituten und eine gewiſſe Bedeutung zu geben, andererſeits[40]) der Satz aufgeſtellt worden iſt, daß wegen beſonderer Beſchaffenheit der Sachen oder Perſonen zwar durch Vertrag ein Erbrecht an einzelnen Sachen gewonnen werden könne, aber nur in ſo weit, als der Vertrag dem Geſetze nachahmt, welches in gewiſſen Fällen auch jetzt noch eine beſondere Erbfolge ohne Univerſalſucceſſion geſtattet. Durch den Vermächtnißvertrag wird, nach den neueren Erörterungen, nur eine Obligation übernommen, deren Erfüllung auf den Erben geſtellt iſt. Keinen Falles geht durch den Erbvertrag über eine einzelne Sache das Eigenthum daran ſchon im Augenblicke des Vertrages über, vielmehr erhält der Honorirte nur den Anſpruch auf die im Nachlaſſe vorhandene Sache, und obgleich auch bloße Vermächtniſſe im Erbvertrage hinterlaſſen werden können, ſo binden ſie doch, wenn ſie erſt nach dem Vertrage und ohne den Conſens des Vertragserben gemacht werden, dieſen nicht[41]).

Während wir endlich rückſichtlich der Eintheilung der Erbverträge, welche zu ſo vielen Irrthümern Veranlaſſung gab, in pacta hereditaria simplicia et mixta uns ganz auf das beziehen, was wir über die gleiche Eintheilung der Eheverträge (ſ. d. Art. Ehevertrag Bd. 3, S. 598 flg.) geſagt haben, ſo erwähnen wir nur noch der Eintheilung der Erbverträge in gegenſeitige (reciproca) und einſeitige (unilateralia)[42]), je nachdem ſich in dem Erbeinſetzungsvertrage mehrere Perſonen ein Erbrecht gegenſeitig einräumen, ſo daß der ganze Erfolg des Geſchäftes auf den Längſtlebenden geſtellt iſt[43]), oder das Erbrecht nur einer der Contrahenten erhält[44]). Welchen Charakter das

35) Nach c. ult. C. de fideicommissis. (6. 42.)
36) Haſſe a. a. O. S. 165, Note 11 u. S. 203.
37) Ebend. S. 150.
38) Peetz, de successione universali per pactum promissa etc.
39) Haſſe a. a. O. S. 150, 189 flg. und Jahrg. 3, Hft. 1, S. 13 flg.
40) Beſeler a. a. O. S. 22 flg.
41) Mittermaier a. a. O. §. 403.
42) Danz a. a. O. §. 661.
43) Beſeler a. a. O. S. 228 flg.
44) Rückſichtlich des öſterreichiſchen Particularrechtes über die Gründe, aus welchen ſowohl einſeitige, als wechſelſeitige Erbverträge von Eheleuten, nicht von anderen Perſonen errichtet werden können, ſ. Scheidlein a. a. O. §. 114, S. 40.

gegenſeitige Geſchäft hat, ob den eines Vertrages oder letzten Willens, muß lediglich aus der Abſicht entnommen werden, in der ein ſolches Geſchäft gemacht worden iſt, ob ſie war, ſich durch einen Vertrag zu binden, oder einen widerruflichen letzten Willen zu errichten. Form, Zweck und Umſtände ſind dabei ganz gleichgiltig. So iſt es kein Erbvertrag, „wenn zwei ſich mit einander vereinbaren, daß ſie ein verbundenes Teſtament errichten wollen, denn dieſe vorläufige Vereinbarung kann ganz füglich auf einen letzten Willen gerichtet ſein[45].“

Aus vorſtehender Darſtellung der ſämmtlichen von den Rechtslehrern vorgeſchlagenen Eintheilungen der Erbverträge geht übrigens von ſelbſt hervor, daß ſie, wenn gleich für die Behandlung der ganzen Sache nicht unwichtig, doch nicht einmal in der Anordnung des Einzelnen übereinſtimmen[46]. Von den hiſtoriſchen Grundlagen, die man bei der Bearbeitung dieſer Lehre annimmt, hängt das ganze Syſtem derſelben ab. Was vorerſt das römiſche Recht anlangt, ſo iſt unbeſtritten, daß nach ſolchem bei Errichtung letztwilliger Diſpoſitionen blos einſeitige Verfügung ſtattfindet, Delation einer Erbſchaft durch Vertrag mit dem Erblaſſer (hereditas pactitia) unzuläſſig, der dießfallſige Vertrag, wenn er das Vermögen der Contrahenten, gleichviel ob Erwerb oder Verluſt des Erbrechtes, betrifft, und ſogar eine demſelben beigefügte Conventionalſtrafe ungiltig ſind, daß ein ſolcher Vertrag nur bei Soldaten, als Teſtament, aufrecht erhalten werden ſoll[47]. Auch das Mancipationsteſtament war nur ein ſymboliſcher, nicht wirklicher Verkauf der Erbſchaft, nicht unwiderruflich[48]. Nur über die Gründe dieſer geſetzlichen Vorſchriften iſt man ſtreitig. In der Regel faßte man ſonſt mehrere derſelben zuſammen und meinte, die Freiheit, ein Teſtament zu machen, ſei ein ſo vorzügliches Kleinod des römiſchen Bürgers geweſen, daß man es darum für unziemlich gehalten habe, dieſe auf irgend eine Art, ſelbſt durch einen Vertrag, zu beſchränken[49]; man habe ferner die Erbfolge bei den Römern als eine Staatsſache angeſehen, welche daher kein Gegenſtand der Privatverträge geweſen ſei und, durch Civilgeſetze eingeführt, nur durch die dem Geſetze gleich geachtete Diſpoſition des Teſtamentes habe geändert werden können[50],

---

45) Haſſe a. a. O. Jahrg. 2, S. 200.

46) Beſeler a. a. O. S. 13 flg.

47) L. 16. D. de suis et legit. hered. (38. 17.) L. 61. D. d. verbor. obl. (45. 1.) c. 15. C. d. pact. (2. 3.) c. 34. C. de transact. (2. 4.) c. 35. §. 1. C. d. inoffic. testam. (3. 28.) c. 5. D. d. pact. com. (5. 14.) c. 3. C. d. collation. (6. 20.) c. 4. C. d. inut. stip. (8. 39.) Runde a. a. O. §. 659. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, Bch. 3, §. $\frac{224}{72}$, Bch. 5, §. $\frac{427}{4}$. Schweppe, das römiſche Privatrecht, Bd. 5, §. 785.

48) Haſſe a. a. O. S. 155.

49) Die c. 15. C. de pactis (2. 3.), auf die man ſich gewöhnlich dafür beruft, ſagt dieß ſo nicht.

50) L. 3. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.): Testamenti factio non privati, sed publici iuris est. L. ult. D. de suis et legit. hered. (38. 16.): Privatorum enim cautionem Legum auctoritate non censeri. L. 15. §. 1. D. ad Leg. Falcid. (35. 2.): Privatorum cautione legibus non esse refragandum.

und man habe von der unwiderruflichen Verbindlichkeit ſolcher Verträge lebensgefährliche Folgen für den Erblaſſer gefürchtet, daher die Verträge ſelbſt für unſittlich gehalten[51]). Indeß ſchon frühere berühmte Schriftſteller[52]) gingen von dieſer Anſicht ab und ſuchten den Hauptgrund jener geſetzlichen Beſtimmungen in dem Weſen des ganzen römiſchen Erbfolgeſyſtems und vorzüglich darin, daß, da der Erbe den Erblaſſer ganz repräſentiren, alſo Schulden für ihn bezahlen muß u. ſ. w., der Erbe durch eine ſolche unwiderrufliche Handlung der Willkür dem künftigen Betrug und böſen Willen ſeines Mitcontrahenten ausgeſetzt ſei. Doch weiter bildete man[53]) dieſe Anſicht noch dahin aus, daß man, nach Anleitung einer Stelle des Julian[54]), behauptete, die Römer hätten ſich den Erbvertrag als etwas rein Paſſives von Seiten des Erblaſſers gedacht. Es habe dieſer zwar das Recht, ſeine Güter zu veräußern, aber das Recht, ihn zu beerben, ſei ganz etwas Anderes, als das Recht auf alle ſeine Güter; es ſei das Recht ihn vorzuſtellen, welches nach der Natur der Sache nicht in bonis ſei, daher nicht einem Vertrage unterliege. Nur wünſchen könne man, Dieſen oder Jenen zum Erben zu haben, daher Teſtamentsfolge u. ſ. w. u. ſ. w. Nicht ſo weit iſt man in neueſter Zeit[55]) gegangen, wo man gemeint hat, das Unwürdige der Sache hätten die Römer in dem durch einen Erbvertrag entſtehenden Zwange geſucht, durch welchen ein civis romanus um die durch die Zwölftafeln ihm geſicherte Freiheit, einen letzten Willen zu haben, gebracht würde; daher habe dieß geſetzlich nicht zugelaſſen werden können. Das Verbot der Erbverträge habe ſonach in einer eigenthümlichen Volksanſicht ſeinen Grund gehabt, zu deren Aenderung keine Veranlaſſung bei den Römern vorhanden geweſen ſei. Anders war dieß bei den Teutſchen. Zwar iſt ſo viel gewiß, daß Tacitus die Erbverträge nicht kannte, ſie eben deßhalb, wenn ſie in den früheſten Zeiten Teutſchlands vorhanden waren, nur ſelten vorkamen[56]). Allein die mehreſten Rechtslehrer meinen, daß von jeher im germaniſchen Rechte Erbverträge üblich, giltig und unwiderruflich ſtattgefunden und die Teutſchen dieſe Grundſätze auch nach Einführung des

---

51) Den Grund einer Lebensgefährlichkeit für den Erblaſſer geben die Geſetze, auf welche man ſich hierbei gewöhnlich beruft: L. 2. §. 2. D. d. vulg. et pup. subst. (28. 6.), L. 27. D. ad SC. Trebell. (36. 1.), c. 4. C. d. inutilib. stipulat. (8. 39.), nicht an, ſondern ſie ſagen blos, daß dieß improbum, non probe gehandelt, contra bonos mores ſei. Im Ganzen vgl. man darüber Danz a. a. O. §. 659. Glück, Pandektencommentar Th. 4, §. 304, S. 214 flg., Th. 6, §. 540, S. 553 flg. Mertens l. c. §. 1. p. 8 u. 9. Schröder l. c. cap. 1. §. 2. p. 8 u. 9. §. 3. p. 11 u. 12. Gegen dieſe Anſichten ſ. Haſſe a. a. O. S. 158 flg.

52) Malblanc, in diss. de causis improbati pacti hereditarii ex iure romano (Tübing. 1798), §. 1. sq. Ihm folgte Danz a. a. O. §. 659, S. 376 flg.

53) Schöman, Handbuch des Civilrechts, Bd. 2, Nr. 9, S. 179 flg. Dagegen ſ. Haſſe a. a. O. S. 202, Note 67.

54) L. 62. D. reg. iur. (50. 17.)

55) Haſſe a. a. O. S. 156, 163 flg.

56) Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, Th. 1, §. 19, Note f, S. 95. Haſſe a. a. O. S. 170, 173.

römiſchen Rechtes feſtgehalten, die Verbote des römiſchen Rechtes nie darauf angewendet hätten [57]). Für die frühe Giltigkeit bezog man [58]) ſich auf die ſaliſchen, ripuariſchen, weſtgothiſchen, baierſchen, angliſchen, ſächſiſchen alten Geſetze, auch den Sachſenſpiegel, in denen allerdings Dispoſitionen erwähnt ſind, die auf ein immer mit gewiſſen Förmlichkeiten verbundenes Geſchäft unter Lebendigen über den Nachlaß hindeuten. Allein es waren in jenen früheſten germaniſchen Zeiten die nächſten Erben beinahe unbedingte Notherben, ſo daß in der Regel Dispoſitionen über das Vermögen, inſonderheit über Eigen ſelbſt unter den Lebendigen nicht ohne Zuſtimmung der nächſten Erben gemacht werden konnten. Dispoſitionen über den Nachlaß im Ganzen aber — einzelne Theile, z. B. Heergeräthe und Gerade, ausgenommen — kamen nur vor, wenn Jemand keine nächſten Erben hatte, oder ihn die Noth zu Alimenten- oder Leibrentenverträgen zwang, weil die nächſten Erben ſich ſeiner nicht annehmen wollten oder konnten [59]). So fand man in dieſen Fällen und bei Eheverträgen die erſten Spuren der Erbverträge, die aber immer eine gerichtliche feierliche Handlung, eine Art der Uebergabe des ganzen Nachlaſſes oder der einzelnen Stücke [60]), zu ihrer Giltigkeit verlangten, durch welche der Vertragserbe an der Stelle des nächſten Blutsfreundes in die Gewähr trat und eine Art von Eigenthum an den übergebenen Gegenſtänden erhielt [61]). Bei Mobilien fand eine körperliche Uebergabe jeden Falles, bei einem Vertrage über das ganze Erbe eine ſymboliſche Uebergabe ſtatt. Auch im Mittelalter dauerten dieſe Gebräuche fort, ohne daß jedoch der Erblaſſer ſich die Leibzucht vorbehalten konnte, und ſtets mit dem Charakter der Unwiderruflichkeit. Doch trat ſehr bald an die Stelle jener Förmlichkeiten gerichtliches Gelöbniß und ſchriftliche Urkunde, Handfeſte [62]). Des römiſchen Teſtamentes bediente man ſich in der Regel nur zu frommen Zwecken und zu ſolchen einzelnen Neuerungen, welche gerade von der Geiſtlichkeit begünſtigt wurden [63]). In der Zeit der Entſtehung des Sachſen- und Schwabenſpiegels u. ſ. w. entwickelte ſich die Herrſchaft der Erbverträge vorzüglich. Die frühere unbedingte Macht der Succeſſionsrechte der nächſten Erben hörte auf und die Familienautonomie des teutſchen Adels ebenſo wohl, als ſelbſt das römiſche Recht durch ſeine Begünſtigungen willkürlicher Erbeinſetzung, wenn auch in anderer Form, vermehrten [64]) die Erbverträge. Durch dieſe wurden im 15. und 16. Jahrhunderte allodiale Herrſchaften und Grafſchaften, ſogar reichslehnbare Länder und einzelne Landestheile an andere Herren und Geſchlechter gebracht [65]) und ſie mach-

---

57) Glück a. a. O. Th. 1, §. 59, S. 364 flg. Göſchen a. a. O. Bd. 2, Abth. 2, §. 432, S. 185.

58) Vgl. Danz a. a. O. §. 660, S. 380 flg., wo die einzelnen Geſetze ausgezogen ſind.

59) Vgl. Haſſe a. a. O. S. 184, 185, 188.

60) Mertens l. c. §. 4. p. 13.

61) Mertens l. c. §. 5. p. 16.

62) Ebendaſ. §. 4, S. 14.

63) Haſſe a. a. O. S. 184.

64) Vgl. Haſſe a. a. O. S. 190 flg.

65) Eichhorn a. a. O. Th. 3, §. 412, S. 139 u. 140.

ten ſich bald von den alten beſchränkenden Formen los, wovon wir die Folge weiter unten ſehen werden.

Von dieſer Darſtellungsart weichen jedoch die Reſultate der neueſten Forſchungen[66]) über den vorliegenden Gegenſtand in vielen Punkten ab. Man ging dabei von der Bemerkung aus, daß nach urteutſchem Rechte Jeder ſeine Verhältniſſe nur ſo weit ordnen konnte, als er durch das Leben die unmittelbare Herrſchaft darüber hatte. Der einzige Grund der Erbfolge war daher bei den alten Germanen die Sippe, nicht ein Geſchäft, wodurch Succeſſion von Todeswegen begründet worden wäre. Sowie ſonach letzte Willensverordnungen im römiſchen Sinne ihnen ganz unbekannt waren, ſo war es auch in den früheſten Zeiten Erbfolge aus dem Vertrage. Schon damals finden wir aber bei ihnen Vergabungen von Todeswegen (mit einigen Abweichungen bei den Franken: Affatomie, bei den Longobarden: Thinx und Garathinx[67])), d. h. Zuwendungen nicht des Nachlaſſes, oder eines Theiles deſſelben, ſondern des gegenwärtigen Vermögens des Erblaſſers durch eine feierliche Auflaſſung an den Mitcontrahenten, wodurch das Eigenthum ſo getheilt wurde, daß Letzterer zwar ein ſogleich wirkſames dingliches Recht am Objecte erhielt, dem Erblaſſer aber die Benutzung deſſelben bis zu ſeinem Tode blieb[68]). Man gebrauchte hiernächſt das Recht, ſeine Grundſtücke Jemandem aufzulaſſen, damit er ſie an einen Dritten weiter übergebe, zu einer Uebertragung auf den Todesfall, ſo daß man die Zeit der zweiten Auflaſſung nach dem Tode des Eigenthümers verlegte. Bei dieſen Geſchäften trat alſo die rechtliche Wirkung der Vermögensveräußerung ſogleich ein, ohne daß eine Succeſſion von Todeswegen im römiſchen Sinne dadurch ſtattfand. Die Auflaſſung ward durch einen feierlichen Act bewirkt und durch ſie erhielten die Vergabungen von Todeswegen ihre Giltigkeit und Bedeutung[69]). Bei Mobilien, für welche das teutſche Recht die Auflaſſung nicht kannte, trat die Schwierigkeit ein, daß, da nur durch Uebergabe ihr Eigenthum an den Anderen übergehen konnte, eine Zuwendung von Mobilien nur rechtliche Wirkung hatte, wenn zugleich Beſitz und Benutzung auf den neuen Eigenthümer übertragen wurden. So entſtand ganz von ſelbſt das Bedürfniß, Geſchäfte, welche urſprünglich nur auf Immobilien angewendet werden konnten, auf Mobilien auszudehnen. Dadurch wurden auch ſie im ſpäteren Rechte Gegenſtand der Vergabungen von Todeswegen. Durch die ſächſiſchen Schöffen wurde das Geſchäft ſo ausgebildet, daß man einem Dritten eine Forderung auf Mobilien, eine Summe Geldes u. ſ. w. dergeſtalt einräumte, daß der Zahlungstag erſt mit dem Tode des Promittenten eintrat[70]). Dieſe Vergabungen waren jedoch keine Erbverträge; bei der Vergabung war nicht der Vertrag, ſondern die Auflaſſung das Weſentliche, von welchem das Geſchäft bis in ſeine inner=

---

66) Beſeler's in dem ſchon öfter angezogenen Werke, dem wir ſonach auch hier in der Hauptſache gefolgt ſind.
67) Beſeler a. a. O. Th. 1, S. 96 flg. und 108 flg.
68) Ebendaſ. S. 4 flg. und 69.
69) Ebendaſ. S. 19 flg.
70) Ebendaſ. S. 152 flg.

ſten Theile beherrſcht wurde; der Vertrag war nur die Vorbereitung dazu. Sonach war die Vergabung nicht identiſch mit unſerem Erbvertrage, und dieß um ſo weniger, da von ihr immer ein renunciativer Erbvertrag nicht würde abgeleitet werden können. Daraus ergibt ſich, daß die Anwendung der Grundſätze des einen jener beiden Geſchäfte auf das andere nicht unbedingt zuläſſig iſt. Vergabung und Erbvertrag wurden von einem verſchiedenen Principe beherrſcht, ſo daß man nicht behaupten kann, der Erbvertrag habe ſich organiſch aus dem Inſtitute der Vergabungen entwickelt[71]).

Nach den oben angegebenen geſchichtlichen Thatſachen kann man dagegen den großen Einfluß des römiſchen Rechtes auf die Erbverträge nicht verkennen. Derſelbe wurde noch bedeutend vermehrt durch die Aehnlichkeit der letzteren mit der römiſchen donatio mortis caussa, welche Aehnlichkeit manche Rechtslehrer bis zur Identität zu ſteigern ſuchten[72]). Dieß veranlaßte wohl, daß die Erbverträge ſogar in einigen Statuten für widerruflich, wie jene Schenkungen, erklärt wurden. Dadurch aber kamen doch die reinen Erbverträge nicht außer Gebrauch. Die römiſchen Juriſten mußten wohl, wenn ſie ihren Teſtamenten Eingang verſchaffen wollten, auch dem bloßen Vertrage ohne Auflaſſung und Uebergabe ein Erbrecht zugeſtehen, wenn gleich in jener Zeit, im 13., 14., 15. und 16. Jahrh., auch die übrigens im letztgedachten Jahrhunderte zu Ende gehende[73]) Form der Vergabung noch herrſchend blieb[74]). So unbedingt, wie von mehreren Schriftſtellern[75]), kann daher nicht behauptet werden, daß die Vorſchriften des römiſchen Rechtes in dieſer Materie keine Anwendung bei uns fänden, vielmehr müſſen wir den neueren Rechtslehrern[76]) beiſtimmen, welche nachweiſen, daß nur durch eine organiſche Verbindung des römiſchen Teſtaments- und des teutſchen Erbvertragsrechtes eine wiſſenſchaftliche Behandlung der Lehre von den Erbverträgen möglich wird. Betrachten wir hauptſächlich den Erbeinſetzungsvertrag, ſo ſcheint freilich dadurch, daß man ſich bei den Vergabungen von Todeswegen die freie Dispoſition über die übergebenen Güter vorbehielt, dieß Geſchäft ganz auf eine römiſche letztwillige Verfügung hinauszulaufen[77]). Es zeigt ſich aber auch durch viele Beiſpiele[78]) überall das Eindrängen des römiſchen Rechtes in die teutſchen Geſchäfte. Vorzüglich ward durch den ſich immer mehr verbreitenden Begriff eines Erben als Univerſalſucceſſors, durch die Begünſtigung der römiſchen letztwilligen Verfügungen von Seiten des canoniſchen Rechtes und der geiſtlichen Gerichte der teutſche Cha-

---

71) Beſeler a. a. O. Th. 2, Bd. 1, S. 2 flg. u. S. 172 flg.

72) Beſeler a. a. O. S. 225. v. Langenn und Kori, Erörterungen praktiſcher Rechtsfragen, Th. 2, Nr. 25: Ueber den Unterſchied zwiſchen Erbverträgen und Schenkungen auf den Todesfall, S. 259 flg.

73) Beſeler a. a. O. S. 181.

74) Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, Th. 3, §. 455, S. 448 flg. Mittermaier a. a. §. 402.

75) Glück a. a. O. S. 365.

76) Haſſe a. a. O. S. 207 flg. Beſeler a. a. O. S. 8.

77) Beſeler a. a. O. 173.

78) Ebendaſ. S. 178.

rakter der Vergabungen zurückgedrängt und ſich mehr zu den römiſchen Grundſätzen hingeneigt [79]). Der teutſche Charakter einer Erbeinſetzung durch Vertrag im Allgemeinen entwickelte ſich erſt durch die Anerkennung einzelner Arten deſſelben, der Erbverbrüderung, Einkindſchaft, Erbeinſetzung in Eheſtiftungen, als gemeinrechtlicher Inſtitute [80]). Die Romaniſten verſuchten noch in der Mitte des 17. Jahrh. die Erbverträge für ungiltig auszugeben. Und wenn die allgemeine Anſicht von ihrer Giltigkeit ſich auch um ſo mehr [81]) verbreitete, je mehr hoher und niederer Adel damals von ihnen Gebrauch machte [82]), namentlich in der Abſicht, um die altteutſchen Grundſätze, ſo weit ſie vom römiſchen Rechte nicht begünſtigt waren, aufrecht zu erhalten [83]); ſo wurde doch in Particulargeſetzen der Erbvertrag im Allgemeinen erſt in der Mitte des 18. Jahrhunderts und zwar zuerſt in Sachſen (1746), dann in Baiern (1755) anerkannt [84]). Erwägt man dieß Alles in Verbindung mit der ungleich größern Bequemlichkeit des nicht durch Unwiderruflichkeit gebundenen römiſchen Teſtamentes, ſo kommt man zu dem Reſultate, „daß die Vergabungen von Todeswegen nicht durch den Erbeinſetzungsvertrag, ſondern durch die letztwilligen Verfügungen des fremden Rechtes erſetzt worden ſind", wofür auch der im Ganzen von jeher ſehr ſeltene Gebrauch des Erbeinſetzungsvertrages, ſtatt des Teſtamentes, in Teutſchland ſpricht [85]). Der Rechtsgrund des Erbeinſetzungsvertrages iſt daher nicht, wie bei der Erbverzicht, allgemeiner Gerichtsbrauch, „ſondern die gemeine Meinung der Juriſten", welche ihm gemeinrechtliche Geltung verſchaffte, wenn er gleich in einigen wenigen Landen gänzlich für ungiltig erklärt worden iſt [86]).

Gehen wir nun von dieſen hiſtoriſchen Thatſachen aus und auf eine nähere Charakteriſtik des Gegenſtandes ein, ſo iſt der Erbeinſetzungsvertrag, als die Hauptunterart des Erbvertrages, der Vertrag, durch welchen Jemand zum Erben eingeſetzt, ein Erbrecht beſtellt wird, ſonach ein lucratives Geſchäft [87]). Der Erbvertrag hat, da er ſich nur auf das Erbrecht bezieht, es auch eigentlich nur mit einer Univerſalſucceſſion, nicht mit einzelnen Sachen zu thun; für erſtere iſt er der Erbanfallstitel, daher auch die über dieſe Titel überhaupt geltenden römiſchen Grundſätze auf ihn anwendbar ſind [88]). Das Object des Erbvertrages iſt nicht der körperlich beſtehende Nachlaß, ſondern die Beerbung und eben darum theilt nach Obigem Haſſe den Erbvertrag in Beerbungs- und Enterbungsvertrag ein. Da er ein Vertrag, da der Vertrag das Prin-

79) Mühlenbruch, in der Fortſetzung des Glück'ſchen Pandektencommentars, Th. 38, §. 1425, S. 14, Note 31.
80) Beſeler a. a. O. S. 183.
81) Glück a. a. O. Th. 6, §. 540, S. 554. Haſſe a. a. O. S. 196.
82) Eichhorn a. a. O. Th. 4, §. 572, S. 507.
83) Runde a. a. O. §. 660. Danz dazu a. a. O. S. 378.
84) Beſeler a. a. O. S. 184.
85) Ebendaſ. S. 200 flg.
86) Frankfurter Reformation von 1578, Th. 3, Tit. 2, §. 4.
87) Beſeler a. a. O. S. 207, 210, 212.
88) Mittermaier a. a. O. §. 403.

cip der Erbvertragslehre iſt[89]), ſo iſt der Erbvertrag, ob er gleich ein negotium mortis caussa ausmacht[90]), dennoch unwiderruflich[91]), weil ſogleich mit ſeiner Abſchließung das Recht eintritt. Dadurch, daß er jederzeit eine Acceptation vorausſetzt, daß die Willenserklärung bei ihm ſogar in der Abſicht geſchieht, daß der Andere ſie acceptiren ſoll, unterſcheidet er ſich gerade vom letzten Willen. Dieſer und Erbvertrag ſind einander ausſchließende Begriffe, ob ſie gleich in der Wirklichkeit mit einander verbunden ſein können. Aber eben jene Abſicht iſt es, die ſich nicht von ſelbſt verſteht, nicht vermuthet wird, daher der erſt neuerlich ſo ſtringent aufgeſtellte Grundſatz, den die Praxis bis jetzt nicht annahm[92]): „einen bindenden Vertrag niemals im reinen Zweifel, ſondern nur da anzunehmen, wo ſich juriſtiſche Gewißheit darüber erlangen läßt, daß Gebundenheit in der Abſicht lag[93]).“ Der Erbvertrag bringt aber keine obligatio hervor, ſondern Erbrecht, oder Verluſt des Erbrechtes; und wenn auch das Erbrecht bei dem Erbeinſetzungsvertrage, wie gedacht, ſogleich entſteht, ſo iſt es doch dadurch bedingt, daß der Erblaſſer vor dem Erbnehmer ſtirbt, denn wir ſollen ihn und nicht unſer Erbe ihn beerben[94]).

Den Erbvertrag kann Jeder abſchließen, der über ſein Vermögen giltig verfügen kann, der dereinſtige Erblaſſer muß dieß namentlich durch Erbeinſetzung können und der dereinſtige Erbe muß ſucceſſionsfähig ſein. Die vor der Minderjährigkeit eintretende Teſtamentsfähigkeit berechtigt aber nicht zu Abſchließung eines Erbeinſetzungsvertrages, da durch die Unwiderruflichkeit dieſe Art der Erbeinſetzung bedeutend ſchwieriger und bedenklicher iſt, als die Teſtamentifaction[95]). Sowohl Minderjährige[96]), als Verſchwender[97]), als Weibsperſonen da, wo die Geſchlechtsvormundſchaft noch beſteht, bedürfen zur Giltigkeit des Vertrages der Zuſtimmung des Vormundes.

Eine beſtimmte Form des Erbvertrages beſteht gemeinrechtlich nicht. Zu leugnen iſt zwar das Nachtheilige dieſer Einrichtung (im Gegenſatze mit der ſo gemeſſenen Teſtamenten- und Codicillform) nicht. Indeß da ein, die Giltigkeit des Erbvertrages von einer beſtimmten Form abhängig machendes Geſetz oder Herkommen nicht nachgewieſen werden kann, ſo

---

89) Beſeler a. a. O. S. 27.

90) Haſſe a. a. O. S. 211—218. Beſeler a. a. O. S. 211 flg.

91) Haſſe a. a. O. S. 204 flg. Beſeler a. a. O. S. 256.

92) Vgl. d. Art. Erbvertrag Bd. 3, S. 600.

93) Haſſe a. a. O. S. 156, 164, 198. Beſeler a. a. O. S. 52. Glück a. a. O. Th. 6, §. 542, S. 557, Th. 7, §. 563, S. 510, Th. 25, S. 388 flg. Glück-Mühlenbruch a. a. O. Th. 35. S. 64 flg.

94) Haſſe a. a. O. S. 200, 204, 211, zum Theil gegen Glück a. a. O. S. 557, 558. Vgl. Beſeler a. a. O. S. 27 flg.

95) Beſeler a. a. O. S. 254 flg.

96) Mittermaier a. a. O. §. 402 und die da angezogenen Schriftſteller.

97) Scheiblein a. a. O. Hft. 3, Abth. 2, §. 117, S. 44: Kann ein verurtheilter Verbrecher, kann ein gerichtlich erklärter Verſchwender einen giltigen Erbvertrag errichten?

ſtimmen wir der Mehrzahl der Schriftſteller[98]) bei, welche den bloßen Vertrag ohne alle Form für ausreichend erachten; Andere[99]) laſſen da, wo Landesgeſetze nicht noch ſtrengere Formen[100]), namentlich die gerichtliche Confirmation[101]), zur Giltigkeit des Erbvertrages erheiſchen, mindeſtens nur ſchriftlich aufgeſetzte Erbverträge[102]) gelten. Das canoniſche Recht geſteht die Giltigkeit beſchworener Erbverzichte zu[103]). Deſto mehr Aufmerkſamkeit erfordert, bei Ermangelung einer äußeren Form, der Inhalt des Erbvertrages. Daß durch denſelben auch Legate beſtimmt werden können, ja daß gegen den Vertragserben nur ſolche Legate gelten, die im Erbvertrage ausgeſprochen ſind, dieß liegt ebenſo in der Natur der Sache, wie die Möglichkeit einer Subſtitution durch den Erbvertrag. Aber eben weil dem Vertragserben Legate und Fideicommiſſe nur mit ſeiner Zuſtimmung auferlegt werden können, iſt eine Berückſichtigung des trebellianiſchen und falcidiſchen Viertheiles nicht zuläſſig[104]). Neben dem Erbvertrage läßt ſich ſehr wohl Inteſtaterbfolge denken, daher unter den Rechtslehrern darüber, daß die Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, auf die Erbverträge keine Anwendung findet, kein Streit mehr vorwaltet[105]). Behält ſich der Erblaſſer im Erbvertrag eine pars quota ſeiner künftigen Erbſchaft zur freien Dispoſition vor und disponirt dennoch nicht darüber, ſo fällt, da dem Vertragserben das ius accrescendi nicht zu Gute kommt[106]), die vorbehaltene pars quota den Inteſtaterben zu, womit auch die k. ſächſiſche und die öſterreichiſche Geſetzgebung übereinſtimmen[107]). Eine zur Dispoſition vorbehaltene einzelne Sache, oder beſtimmte Summe

98) Weſtphal, teutſches Privatr., Th. 2, Abh. 71, §. 1. Runde a. a. O. §. 660. Mertens l. c. und die in dieſen letzten beiden Schriften angezogenen Schriftſteller. Haſſe a. a. O. S. 195, 196 u. 197. Mittermaier a. a. O. §. 402. Pfeiffer, praktiſche Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswiſſenſchaft, Bd. 1, S. 333 flg. Dagegen de Cannegiesser l. c. Tom. I. Dec. 11. p. 43.

99) Eichhorn, angez. teutſch. Privatr., §. 340.

100) Gerichtliche Confirmation erheiſchen das preußiſche Landrecht Th. 1, Tit. 12, §. 621. Cod. Bavar. civ. p. 1. cap. 6. §. 29. Nr. 3. p. 3. cap. 11. §. 1. Nr. 10. und mehrere k. ſächſiſche Geſetze. Schon der Sachſenſpiegel (I. 13.) erlaubt Abſchwörung einer nicht gerichtlich vorgetragenen Erbverzicht. Vgl. Haſſe a. a. O. S. 186 flg. Kind, quaestiones forenses, Tom. I. c. 54. Mertens l. c. cap. 3. In Weimar iſt die Sache nicht ganz klar, doch ſcheint die gemeine Meinung vorzuwalten. Martin, Jahrbücher d. Geſetzgeb. u. Rechtspflege in Sachſen, Jahrg. 1, Hft. 2, Nr. 15, S. 149 flg. Im öſterreichiſchen Civilgeſetzbuche, Art. 1249, wird die Form geſchriebener Teſtamente zur Giltigkeit der Erbverträge erfordert.

101) Voigt, über die Erbverträge, und ob die gerichtliche Beſtätigung zur Giltigkeit derſelben nothwendig ſei? in deſſen Abhandlungen über einzelne Gegenſtände des Rechtes und der Geſchichte, Nr. 3, S. 73 flg.

102) Mertens l. c. p. 15.

103) C. 2. de pactis in 6. (1. 18.) Haſſe a. a. O. S. 197, Note 60.

104) Beſeler a. a. O. S. 277.

105) Glück a. a. O. Th. 6, §. 540, S. 555. Beſeler a. a. O. S. 277.

106) Glück a. a. O. Beſeler a. a. O. S. 280.

107) Beſeler a. a. O. S. 287 flg.

verbleibt im gleichen Falle dem Vertragserben, da dieß gerade derſelbe Zuſtand der Sache iſt, als wenn ein vom Anfange beſtimmtes Vermächtniß wegfällt[108]). In dieſen Beziehungen iſt alſo eine beſondere Vorſicht bei Abſchließung des Erbvertrages nicht zu beobachten. Anders iſt es rückſichtlich der Notherben. Daß auch bei einem Erbvertrage die Rechte der Notherben ſtreng gewahrt werden müſſen, iſt eine jetzt unbeſtrittene Behauptung[109]). Allein Einige[110]) geben den verletzten Notherben, nach Analogie der Principien bei der römiſchen donatio inofficiosa, nur eine Klage auf Erfüllung des Pflichttheils. Andere[111]), ausgehend von der Anſicht einer gänzlichen Verſchiedenheit des eine Univerſalſucceſſion begründenden Erbeinſetzungsvertrages von dem, blos eine Singularſucceſſion erwirkenden römiſchen Geſchäfte, erklären ſich für gänzliche Aufhebung der Vertragserbeinſetzung, für das ſogenannte Derogationsſyſtem. Dieß thun namentlich in neueſter Zeit Mühlenbruch[112]) und Beſeler[113]), Letzterer jedoch mit der milderen Meinung, daß, trotz der wegfallenden Erbeinſetzung, die übrigen Theile des Erbvertrages beſtehen könnten. Das Protocoll hierüber iſt noch nicht geſchloſſen. So viel iſt gewiß, daß eine Verletzung der Notherben für den Erbvertrag von größtem Nachtheile und daher, bei der Eingehung deſſelben, jedenfalls zu vermeiden iſt. Enterbung eines dritten Notherben kann im Erbvertrage nicht geſchehen, weil zu einer ſolchen Benachtheiligung eines Dritten, für welche die Geſetze eine beſtimmte Form vorſchreiben, die Paciscenten, durch die Giltigkeit des Erbvertrags in Bezug auf ihre eigenen Verhältniſſe, nicht berechtigt ſind[114]). Noch handelt es ſich endlich um die Bedingungen, die dem Erbvertrage beigefügt werden können. Merkwürdig iſt es, daß, während das öſterreichiſche Geſetzbuch die bei dem Vertrage geltenden Bedingungen zuläßt[115]), das preußiſche Landrecht die bei den Teſtamenten geltenden[116]) erlaubt. Nach dem Charakter des Erbeinſetzungsgeſchäftes, ohne Rückſicht auf ſeine Form, werden ſtets conditiones resolutivae nach der Regel: Semel heres semper heres, wegfallen müſſen; rückſichtlich der affirmativen, moraliſch und phyſiſch unmöglichen, treten, wegen Gleichheit des Grundes, unſtreitig die Vertragsgrundſätze im Allgemeinen ein[117]).

108) Beſeler a. a. O. S. 289.

109) Pfeiffer a. a. O. Bd. 4, S. 145. Mittermaier a. a. O. M. vgl. auch den Art. Ehevertrag, Bd. 3, S. 605.

110) Glück a. a. O. Th. 25, S. 389. Brinkmann, wiſſenſchaftlich praktiſche Rechtskunde, Bd. 1, Abh. 22, S. 79 und die von Beſeler a. a. O. S. 295 angezogenen Schriftſteller.

111) Namentlich die bei Beſeler a. a. O. S. 296 Genannten.

112) In der Fortſetzung des Glück'ſchen Commentars Th. 35, S. 83, 84, Th. 38, S. 50 flg.

113) A. a. O. S. 297 flg.

114) Beſeler a. a. O. S. 303 flg.

115) §. 1251. Vgl. Scheidlein a. a. O. Hft. 3, Abth. 2, §. 118, S. 46: Ob und welche Bedingungen einem Ehevertrage beigerückt werden können, und was für ein Unterſchied in Hinſicht auf Bedingungen zwiſchen einem Erbvertrage und einem andern Vertrage ſei?

116) Th. 1, Tit. 12, §. 647.

117) So auch Beſeler a. a. O. S. 268 flg.

Die Wirkungen des Erbeinſetzungsvertrages ſind die der gemeinrechtlichen Univerſalſucceſſion [118]). Für und wider einen Dritten kann dieſer Vertrag nicht anders wirken, wie jede res inter alios acta, und der Verſuch, dieſen Verträgen eine römiſch-fideicommiſſariſche Kraft beizulegen [119]), iſt als gänzlich verunglückt anzuſehen. Daß der Vertrag ohne Wirkung auf ein bereits beſtehendes Teſtament, daß namentlich ein pactum de non mutando testamento unwirkſam iſt, dieß iſt neuerlich [120]) klar nachgewieſen worden. Die Frage, ob der Vertragserbe die Erbſchaft noch beſonders antreten müſſe, oder ob in dem Vertrage ſelbſt die Antretung mit liege? iſt ſehr verſchieden beantwortet worden. Gehen wir aber von der Anſicht aus, daß der jetzige Erbvertrag nur ein Erbrecht gibt und daß er dem alten teutſchen Rechte (Vergabung) fremd war, ſich vielmehr unter dem Einfluſſe des römiſchen Rechtes bildete, ſo kommen wir auf das Reſultat, daß allerdings durch den Vertrag nur die Delation der Erbſchaft an den Erben, nicht zugleich deren Antritt erwirkt wird [121]). Dieß hat denn wieder die nach Obigem ſchon aus der Bedingung, welche in jedem Erbvertrage liegt, entſpringende Folge, daß der Erbvertragserbe, wenn er den Erblaſſer nicht überlebt, die Erbſchaft nicht auf ſeine Erben transmittirt [122]). Er hat aber das beneficium inventarii, während er, wenn er ſich deſſen nicht bedient, alle Schulden bezahlen muß [123]). Schon darin liegt das dem Vertragserben nicht zu verſagende Recht der Ausſchlagung der Vertragserbſchaft und zwar wird es ihm auch nicht verſagt werden können, die aus dem Vertrage ausgeſchlagene Erbſchaft, wenn er Inteſtaterbe iſt, als ſolcher anzutreten, vorausgeſetzt, daß er dieß nur im eigenen Intereſſe thut und nicht blos in der Abſicht, ſich den bei Schließung des Erbvertrages für den Erblaſſer übernommenen Verpflichtungen zu entziehen [124]).

Liegt hiernächſt nach Obigem die Unwiderruflichkeit im Charakter des Erbvertrages, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß der Vertragserbe ſich keine Verfügungen des Mitcontrahenten auf den Todesfall, wodurch der Erbvertrag zu ſeinem Nachtheile geändert würde, gefallen zu laſſen braucht [125]). Daß eine ſolche Veränderung zum Nachtheile eines Dritten, auch einſeitig, wenn der andere Mitcontrahent gar nicht dabei

---

118) Beſeler a. a. O. S. 246.

119) Runde a. a. O. §. 661 und die dort in Note b angez. Schriften.

120) Von Beſeler gegen Mühlenbruch a. a. O. Th. 2, Bd. 1, S. 314—325.

121) Umſtändlich und evident iſt dieß dargethan von Beſeler a. a. O. S. 270 flg., gegen Mittermaier a. a. O. §. 403, der übrigens keine Verbindlichkeit des Erben zur Antretung anerkennt, ihm vielmehr mit mehreren von ihm Genannten das benefic. inventarii zugeſteht. Pfeiffer a. a. O. Th. 4, S. 148.

122) Gegen Mittermaier u. Pfeiffer a. a. O. Vgl. Mertens l. c. cap. 2. §. 5. p. 17.

123) Beſeler a. a. O. S. 275. Vgl. vorſt. Note 119.

124) Beſeler a. a. O. S. 276 flg.

125) Im Königreiche Sachſen iſt dieß ausdrücklich vorgeſchrieben durch die 13. Deciſion von 1746. Vgl. Schröder l. c. cap. 1. §. 4. p. 13.

betheiligt iſt, geſchehen könne, ſo lange der Dritte die frühere Verfügung nicht acceptirt hat, iſt wohl unbeſtritten [126]). Allein der eben erwähnte Grundſatz der Unveränderlichkeit bleibt Regel [127]), wovon nicht einmal der Fall eine Ausnahme macht, wenn Widerruflichkeit im Erbvertrage ſelbſt bedungen iſt. Denn dann findet dieſelbe nicht vermöge der Natur des Geſchäftes, ſondern vermöge des eingegangenen Vertrages ſelbſt ſtatt [128]). In früheren Zeiten ging man damit ſo weit, daß man ſogar dem Erblaſſer nach dem Erbernennungsvertrage jede Veräußerung ſelbſt beweglicher Sachen unter den Lebenden unterſagte [129]). Allein da der Vertragserbe durch den Vertrag blos ein Erbrecht, alſo blos ein Recht auf den Nachlaß, wie er eben beim Tode und ſo weit er der Univerſalſucceſſion unterworfen iſt, erhält, nicht auf die Gegenſtände, die der Erblaſſer bei ſeinem Leben beſitzt: ſo muß dieſem bei ſeinem Leben jede Diſpoſition unter den Lebenden über ſein Vermögen [130]) — falls er nicht darauf ausdrücklich renunciirt hat — frei ſtehen, ſelbſt wenn der Erbvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen iſt, da dieß keine ausdrückliche Entſagung jener freien Diſpoſitionsbefugniß involvirt [131]). Doch ſind davon die Veräußerungen ausgeſchloſſen, die der Erbe dolo — ein höchſt ſchwieriger Beweis — in fraudem successoris unternommen hat [132]). Donatio mortis caussa, ſowie jede andere Veräußerung auf den Todesfall, iſt, nach ziemlich einſtimmiger Meinung der Praktiker [133]), unterſagt. Auch iſt es noch ſehr ſtreitig, ob der Vertragserbe bei offenbarer Verſchwendung ſeines Mitcontrahenten auf Sicherſtellung mit Effect antragen könne, da der jetzige Erbvertrag nicht ein gegenwärtiges dingliches Recht, ſondern nur ein Erbrecht gibt. So viel iſt wenigſtens gewiß, daß für dieſes rein teutſche Inſtitut im vorliegenden Falle ſchwerlich eine unbeſtreitbare römiſche Klage aufgefunden werden kann und daß, was auch im Weſen des Geſchäftes liegt, der Vertragserbe immer mehr oder weniger vom guten Willen des Erblaſſers abhängt. Uebrigens ſtehen dem Vertragserben dieſelben Klagen wie dem Teſtamentserben, zum Theil in analoger Anwendung, zu [134]); vor allen die hereditatis petitio, hier conventionalis oder pactitia genannt, das interdictum quorum bonorum, das iudicium familiae erciscundae und das interdictum quod legatorum, nicht das ein fehlerfreies Teſtament vorausſetzende remedium ex L. alt. C. d. edicto D. Hadriani tollendo [135]).

---

126) Scheidlein a. a. O. Hft. 3, Abth. 2, §. 123, S. 56.
127) Mittermaier a. a. O. §. 403. Beſeler a. a. O. S. 256.
128) Haſſe a. a. O. S. 156, 204, 205.
129) Ebendaſ. S. 193.
130) Ueber Oeſterreich vgl. Scheidlein a. a. O. Hft. 3, Abth. 2, §. 121, S. 52, wonach, auch nach einem Erbvertrage über das ganze Vermögen, der Erblaſſer noch über ein Viertheil ſelbſt letztwillig verfügen kann und Schulden und Legate auf den drei übrigen Viertheilen haften.
131) Haſſe und Mittermaier a. a. O. Beſeler a. a. O. S. 257 flg.
132) Beſeler a. a. O. S. 260 flg.
133) Dieſe ſ. bei Beſeler a. a. O. S. 263.
134) Mittermaier a. a. O.
135) Beſeler a. a. O. S. 293.

So viel über den Erbvertrag im Allgemeinen.

Die Unterarten deſſelben werden, wie ſich's von ſelbſt verſteht, in der Hauptſache nach den angegebenen allgemeinen Grundſätzen beurtheilt. Inſonderheit übergehen wir hier Ehevertrag und Einkindſchaft, da ihnen eigene Artikel gewidmet ſind. Wir erwähnen nur 1) die Erbverbrüderung (pactum confraternitatis), verſchieden von der Erbeinigung, Ganerbſchaft, Burgmannſchaft[136]) u. ſ. w., welche Verträge entweder bloße pacta hereditaria conservativa, oder auch gar keine Erbverträge ſind. Sowie alle dieſe Inſtitute aus dem Bedürfniſſe gegenſeitiger Hülfe hervorgegangen ſind[137]), ſo auch die Erbverbrüderung, welcher Name ſich nicht vor dem 14. Jahrh. in Teutſchland findet[138]). Sie iſt ein pactum hereditarium acquisitivum, vorzüglich beim hohen Adel vorkommend[139]), wodurch mehrere zur Succeſſion unter einander nicht berechtigte Häuſer, oder verſchiedene Linien deſſelben Hauſes ſich gegenſeitig gleichmäßig (par successionis ius)[140]) ihre Güter auf den Fall des Ausſterbens eines oder des anderen in der Maße zuwenden, daß der Letzte der ausſterbenden Familie nichts daran ändern kann. Es iſt dieß eine eigenthümliche Geſtaltung der Vergabungen von Todeswegen[141]). Beim hohen Adel bedurfte es, ſowie überhaupt rückſichtlich der Lehen keine Erbverbrüderung ohne Zuſtimmung des Lehnherrn errichtet werden konnte[142]), während des Reichsverbandes rückſichtlich der Reichslehen der Beſtätigung des Kaiſers, jedoch unter Berückſichtigung des den Kurfürſten zuſtehenden Vorrechtes, Reichslande ohne kaiſerliche Einwilligung zu erwerben[143]). Auch das jetzige teutſche Staatsrecht erkennt die bereits beſtehenden Erbverbrüderungen an. Bei neu zu errichtenden würde, wenigſtens in den conſtitutionellen Staaten, die Einwilligung der Stände nöthig ſein, da das Princip des Mittelalters über das Eigenthum der regierenden Herren an Land und Leuten, unter deſſen Vorausſetzung die, übrigens einer nicht mehr möglichen oberlehnherrlichen Beſtätigung damals bedürfenden Erbverbrüderungen nur entſtehen konnten, dießfallſiger neuerlicher Bemühungen ungeachtet[144]), noch keine allgemeine

---

136) Die Literatur dieſer genannten Inſtitute findet ſich umſtändlich bei Runde a. a. O. §. 662, von wo ſie beinahe wörtlich in das Repertorium des geſammten poſitiven Rechtes der Teutſchen, Th. 7 (Leipzig 1801), S. 90, übergegangen iſt. Vgl. auch Mittermaier a. a. O. §. 404, und v. Rotteck u. Welcker, Staatslexikon Bd. 5, S. 248.

137) Mittermaier a. a. O.

138) Danz a. a. O. §. 662, S. 392.

139) Beſeler a. a. O. Th. 1, S. 225 u. Th. 2, Bd. 2, S. 93.

140) Danz a. a. O. S. 393, 394.

141) Beſeler a. a. O. Th. 2, Bd. 2, S. 90.

142) Runde a. a. O.

143) v. Rotteck u. Welcker, Staatslexikon Bd. 5, u. d. W. Erbverbrüderung, S. 248.

144) Vgl. u. A. Maurenbrecher, die teutſchen regierenden Fürſten und die Souverainität. Frankfurt a. M. 1839. Dagegen: Wahrheit und Irrthum in der Maurenbrecher'ſchen Schrift: die teutſchen u. ſ. w., Kaſſel 1839, die Beurtheilung der erſten Schrift von Stahl in Richter's und Schneider's kritiſchen Jahrbüchern Jahrg. 5, Hft. 2, Nr. 1, S. 97 flg., und die

ſtaatsrechtliche Herrſchaft wieder erlangt hat. Die berühmteſten noch wirkſamen Erbverbrüderungen ſind die ſächſiſch-heſſiſche, die ſächſiſch-heſſiſch-brandenburgiſche und die brandenburg-mecklenburgiſche [145]). 2) Der weibliche Erbverzicht, die intereſſanteſte Art der renunciativen Erbverträge, gründet ſich auf die allgemeine Theorie dieſer letzteren. Der renunciative Erbvertrag im Allgemeinen ſetzt als Contrahenten den künftigen Erben und den künftigen Erblaſſer voraus, wovon der Erſtere dem gegen den Letztern ihm zuſtehenden Erbrecht (alſo, wie bei allen Erbverträgen, nicht blos dem Nachlaſſe) wirklich entſagt, nicht blos ſich zur Entſagung darauf anheiſchig macht (pactum de renunciando) [146]). Darum entſteht auch aus dieſem Vertrage nicht eine obligatio, ſondern das Erbrecht wird abſolut, unmittelbar aufgehoben. Obgleich das canoniſche Recht zu einer Erbverzicht eidliche Beſtärkung vorſchreibt, ſo fällt doch der Grund derſelben, eine damals unter den Juriſten ſtattfindende Controverſe, jetzt hinweg und ſo hat ſich durch Gewohnheitsrecht und Particulargeſetzgebung [147]) die Giltigkeit ſolcher unbeſchworenen Verzichte feſtgeſtellt. Die Verbindung der Entſagung auf die gemeinrechtlichen Bürgſchaftswohlthaten der Frauensperſonen mit dieſem Vertrage iſt nothwendig nicht erforderlich, doch räthlich und in manchen Geſetzen vorgeſchrieben [148]). Durch einen renunciativen Erbvertrag fallen alle Arten des Erbrechtes, ſie mögen aus Geſetz, Teſtament oder Erbvertrag herrühren, mit Einſchluß des Rechtes auf den Pflichttheil, nicht andere Vermögensvortheile, die nicht unmittelbare Folge des Erbrechtes ſind, hinweg, es ergäbe ſich denn ganz klar aus dem Vertrage ſelbſt, daß der Wegfall nur einer beſtimmten Art des Erbrechtes gemeint wäre. Oft bedingt ſich der renunciirende Theil eine Gegenleiſtung, für die er ſich Sicherungsmittel ſtipuliren kann, und er iſt dann, wenn er hinterher durch Teſtament oder Erbeinſetzungsvertrag doch Erbe wird, nur ein heres extraneus. Der renunciative Erbvertrag wirkt jedoch blos auf den Renuncianten ſelbſt und ſeine Erben, ſo weit ſie ſeine Handlungen genehmigen müſſen, alſo z. B. nicht auf ihr Notherbenrecht gegen ihre Großeltern [149]), und der Erblaſſer kann nunmehr, da das Erbrecht des Renuncianten beſeitigt iſt, frei disponiren. Thut Erſter dieß nicht, ſo treten an des Letztern Stelle die nächſten anderen Erben. Da man ſich dieſer Erbverzichte vorzüglich vermöge der Familienautonomie des hohen Adels zur Beförderung des Familienglanzes bediente, ſo kommt der Fall, daß ſolche Verzichte von männlichen Familiengliedern geleiſtet wurden, höchſt ſelten vor, ſondern hauptſächlich traf dieß die Frauenzimmer, wenn ſie aus dem

---

Beurtheilung gedachter zweiter Schrift in den Blättern für literariſche Unterhaltung, 1839, St. 46 flg.

145) Näheres hierüber bei v. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 249, 250.

146) Beſeler a. a. O. S. 233 flg.

147) Ueber Beides ſ. d. Nachweiſungen bei Beſeler a. a. O. S. 243.

148) Ebendaſ. S. 246.

149) Ebendaſ. S. 250.

väterlichen Hauſe wegheuratheten, die aber häufig nur zu Gunſten ihrer Brüder auf ihr Erbrecht verzichteten[150]).

Schon früh, z. B. ſehr ſtreng in den fränkiſchen Geſetzen, waren die Frauenzimmer vom Erbrechte in den Grundbeſitz ausgeſchloſſen. Indeß nahmen die teutſchen Geſetze ſpäterhin — z. B. zur Zeit der Markulf'ſchen Formeln[151]) — einen, den Frauenzimmern günſtigeren Charakter an, ſo daß die ſpäter recipirten römiſchen Geſetze, ſchon ſeit dem 13. Jahrhunderte, den immer vermehrten Anforderungen der adeligen Familien nicht mehr entſprachen[152]) und ſo die weiblichen Erbverzichte gewöhnlich wurden. Durch dieſe wurde nicht nur in einzelnen Fällen das weibliche Erbrecht beſchränkt, ſondern es wurden auch geſetzlich und familienſtatutariſch die Erbverzichte bei der Verheurathung der Töchter des Adels vorgeſchrieben. Nach allem dieſen ſind die Erbverzichte der Töchter ſehr verſchiedener Art[153]). In der Hauptſache ſind ſie entweder freiwillig, oder durch Geſetz, Statut, Herkommen gezwungen, im letzten Falle großentheils eine bloße Form. Da die Hauptabſicht dabei auf Erhaltung des Glanzes der Familie geht, ſo erſtreckt der Verzicht ſich oft nicht blos auf die Erbgüter und väterliche Verlaſſenſchaft, ſondern auch auf anderweite Erbſchaften, namentlich in der Familie. Die Gegenleiſtungen beſtehen, wenn die Tochter heurathet oder in ein Kloſter geht, in ſtandesmäßiger Ausſtattung, außerdem in den Mitteln zu einem ſtandesmäßigen Auskommen, in der Maße normirt, daß die Anſprüche der Tochter nach dem Verhältniß des Vermögens und Standes, im Einverſtändniſſe mit den Intereſſen der Familie, billig geordnet werden. Entſtehende Streitigkeiten darüber ſucht die Familie unter ſich durch gewählte Schiedsrichter zu beſeitigen und nur im äußerſten Falle kommen ſie zur Entſcheidung des Richters. Vorzüglich hat zu Streitigkeiten unter den Gelehrten, während wohl mehrentheils man bei den Verzichten beabſichtigte, daß, nach Ausſterben des Mannsſtammes, der weibliche Stamm überhaupt zur Succeſſion kommen ſollte[154]), der Vorbehalt des Erbrechtes auf den ledigen Anfall Veranlaſſung gegeben, indem dann die Frage entſteht, ob nach dem Ausſterben des Mannsſtammes die Erbtochter, oder die Regredienterbin zur Succeſſion kommt[155]). Ueberhaupt kann bei alle dem eine Gleichheit in den verſchiedenen Fällen nicht ſtattfinden, da ſchon die Beſchränkungen der Succeſſion nicht überall gleich und daher auch die Verzichtsformeln ſehr verſchieden ſind[156]). Da, wo durch Ge=

---

150) Haſſe a. a. O. S. 191.

151) Mittermaier a. a. O. §. 405.

152) So Beſeler a. a. O. S. 271, im Widerſpruche mit den mehreſten früheren Germaniſten. Mittermaier a. a. O. Runde a. a. O. §. 663. Danz dazu Bd. 7, S. 414 flg. Haſſe a. a. O. S. 192.

153) Neurath, von der Regredienterbſchaft. Gießen u. Darmſtadt 1807.

154) Mittermaier a. a. O.

155) Darüber ſ. d. Art. Regredienterbſchaft und gegenwärtigen Art. oben. Vgl. auch Runde und Danz a. a. O. §. 464, bei Danz S. 430 flg.

156) Mittermaier a. a. O.

ſetze oder Statuten das Erbrecht der Frauenzimmer ohnehin beſchränkt iſt, ließ man ſchon in früheren Zeiten den Verzicht blos zu noch mehrerer Sicherheit bewirken, und ſo geſchieht es bei Lehn- und Stammgütern noch jetzt [157]).

Buddeus.

Ereptitia [1]), richtiger ereptoria [2]), heißen ſolche Verlaſſenſchaftsgüter, welche dem, welchem ſie durch den Willen des Erblaſſers oder durch die Verfügung des Geſetzes zugedacht ſind, deshalb entzogen werden, weil der damit Bedachte ſich durch ſein Betragen derſelben unwürdig gemacht hat. Die Erforderniſſe des Begriffes ſind: 1) es müſſen Güter aus einer Erbſchaft ſein, ohne Rückſicht darauf, ob ihr Erwerb durch Erbeinſetzung oder durch Inteſtaterbfolge, oder durch Legat oder durch Fideicommiß angeboten wird. Auf dieſes Erforderniß deutet nicht allein der Urſprung der Lehre aus der lex Papia Poppaea [3]), ſondern auch ihr Zuſammenhang mit den Caduca. Zudem werden die Ereptorien öfters kurzweg caduca genannt [4]) und auf ſie die von dieſen geltenden Grundſätze angewendet [5]). Auch iſt in dem Titel der Juſtinianiſchen Pandekten, welcher beſonders dieſe Lehre behandelt (de his, quae ut indignis auferuntur (34. 9.)) und dem des Juſtinianiſchen Codex (de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad SC. Silanianum (6. 35.)) nur von Erbantheilen, Legaten und Fideicommiſſen in dieſer Beziehung die

---

157) Runde und Danz a. a. O. §. 663.

1) Literatur: Heineccius, comm. ad legem Juliam et Papiam Poppaeam lib. 3. cap. 7. p. 414—423. Pothier, Pandectae Justinianeae lib. 34. tit. 9. tom. II. p. 554—561. Marezoll, mit welcher Klage kann der Fiscus oder ſonſtige Dritte auftreten, um ſein aus der Indignität des Berufenen hervorgehendes Erbrecht geltend zu machen, in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 1, Nr. 20, S. 380—391. Eine treffliche Zuſammenſtellung der einzelnen Ereptionsgründe enthält Puchta, Lehrbuch der Pandekten §. 550, S. 611—614. Einzelne gute Bemerkungen über die Geſchichte der Ereptorien finden ſich noch in Schilling's Bemerkungen über römiſche Rechtsgeſchichte S. 312—317, und in der Abhandlung von Schröter zu der Lehre von der bona vacantia in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 10, S. 120—127, und Mühlenbruch, in der Fortſetzung des Glück'ſchen Commentars über die Pandekten Th. 38, S. 361 flg.

2) Dieſe Benennung beruht auf Ulp. fr. 19. §. 17., wo die Vaticaniſche Handſchrift hat erepturium, was ſchon Hugo in das richtige ereptorium umgewandelt hat. Dieſe Leſeart wird auch durch die Iſidoriſchen Gloſſen beſtätigt, wo es heißt ereptoria adimenda und durch die Pithou'ſchen Excerpte, wo ſteht ereptoria reddenda. Vgl. Schilling, animadversionum criticarum ad Ulpiani fragmenta sp. IV. (Lips. 1831) p. 8. Ereptitia nannte man ſolche Güter früherhin nach der von Caius zu Ulp. fr. l. c. und observat. VI. cap. 7. vorgeſchlagenen Emendation. Ballhorn, genannt Roſen, über Dominium, S. 41, ſchlug ereptum cui vor.

3) Ulp. fr. 19. §. 17.

4) Fr. 9. D. de SC. Silaniano. (29. 5.) L. 2. §. 2. D. si quis aliquem testari. (29. 6.)

5) Z. B. der Grundſatz caduca cum onere fiunt. Vgl. L. 60. §. 1. D. de condit. et demonstr. (35. 1.) L. 3. §. 5. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 14. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 3. D. ibid. mit L. 96. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 16. §. 2. D. de his, quae ut indignis. (34. 9.)

Rede; deſſen nicht zu gedenken, daß auch die Baſiliken in dieſer Rückſicht nur Erbſchaften und Vermächtniſſe erwähnen[6]). 2) Der, welchem ſie zugedacht ſind, muß erbfähig ſein. Die Nothwendigkeit dieſes Erforderniſſes geht nicht allein aus dem zuerſtgenannten Requiſite hervor, ſondern auch daraus, daß 3) dem Bedachten entweder das Erbrecht deferirt oder das Vermächtniß bereits von ihm erworben ſein muß, wenn überhaupt von einer Entreißung aus Unwürdigkeit die Rede ſein ſoll[7]). Das Factum der Erbſchaftserwerbung wird nicht weiter berückſichtigt; wenigſtens ſchließt die Ereption den Erwerb der Erbſchaft von Seiten des Unwürdigen nicht aus[8]); nur die juriſtiſche Möglichkeit des Erwerbes kommt in Frage. 4) Dem Bedachten muß aus einem durch das Geſetz, oder, was dieſem gleich ſteht, ausdrücklich angegebenen Grunde die Fähigkeit entzogen ſein, das, womit er bedacht worden, zu erwerben, mit anderen Worten, es muß ihm das ius capiendi nicht fehlen[9]), was von der paſſiven Teſtamentifaction genau zu unterſcheiden iſt. Dieſes Recht iſt mit dem capere non posse verwandt, welches in der Lehre von den Caduca vorkommt (ſ. den Art. Caducum), und ob es überhaupt vorhanden ſei oder nicht, darüber entſcheidet der Zeitpunkt der Delation der Erbſchaft[10]) oder ein ſpäterer[11]). Die Zahl dieſer Gründe iſt nach der Stellung unſerer Lehre in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern geſchloſſen, und auch die einzelnen Ereptionsgründe, welche die Geſetze namhaft machen, können nicht durch Interpretation auf ähnliche Fälle ausgedehnt werden, da die Entziehung ſolcher Erbtheile zur Strafe nur ausnahmsweiſe geſtattet wird.

Was die Geſchichte der Lehre anbetrifft, ſo darf man wohl die lex Julia und Papia Poppaea als die Quelle derſelben betrachten, theils deßhalb, weil der Erwerb des Ereptorium geradezu dieſen Geſetzen von Ulpian zugeſchrieben wird[12]), theils deßhalb, weil die römiſchen Juriſten in ihren Commentaren dazu von den Indignitätsfällen ſpeciell handeln[13]). Doch iſt die Zahl der Indignitätsfälle theils durch ſpätere Senatsbeſchlüſſe, theils durch kaiſerliche Conſtitutionen bedeutend vermehrt worden[14]). Vorzüglich thätig waren in dieſer Beziehung die Kaiſer Antoninus Pius, Marcus Philoſophus, Severus und Caracalla und ſelbſt Juſtinian hat einen neuen Indignitätsfall eingeführt[15]). — Das Papiſche Geſetz ſprach dergleichen Ereptorien höchſt-

---

6) Basil. LX. 42. ed. Fabr. tom. VII. p. 744. *περὶ τούτων, ἐξ ὧν τὰ καταλειφθέντα ληγάτα ἢ κληρονομίαι ὡς ἀναξίων ἀφαιροῦνται.* Vgl. Heineccius l. c. lib. III. cap. 7. p. 415.

7) L. 25. §. 1. D. 34. 9.

8) L. 8. L. 17. L. 18. §. 1. D. 34. 9.

9) L. 128. D. de legatis I. (30.) L. 2. §. 2. D. 34. 9.

10) L. 9. pr. u. §. 1. D. 34. 9. vgl. mit L. 4. D. de adimendis vel transferendis legatis. (34. 4.)

11) L. 13. §. 9. D. de iure fisci. (49. 14.)

12) Ulp. fr. tit. 19. §. 17.

13) L. 83. D. de adquirenda vel omittenda hereditate (29. 2.) L. 9. u. 10. D. 34. 9. Vgl. Schilling, rechtsgeſchichtliche Bemerkungen S. 313.

14) L. 26. Th. C. de appellationibus. (11. 30.) ſpricht von quae indignis, legibus cogentibus, auferuntur. Dieſe Worte ſprechen für die allmälige Ausbildung der Indignitätsfälle.

15) Ein Senatsbeſchluß unter den Antoninen wird in dieſer Beziehung er-

wahrſcheinlich der Volkscaſſe, dem Aerarium, zu, wie der Zuſammenhang unſerer Lehre mit den Caduca[16]) und bona vacantia[17]) hinlänglich erweiſt und das Zeugniß Papinians[18]) beſtätigt. Zwar wird in den Juſtinianiſchen Pandekten und dem Juſtinianiſchen Codex die kaiſerliche Caſſe, der Fiscus als zum Erwerb der Ereptorien berechtigt genannt[19]), allein daß dieß ſpäterer Interpolation angehöre, beweiſt nicht allein der Umſtand, daß zur Zeit, wo das Papiſche Geſetz gegeben ward, der Fiscus von dem Aerarium weſentlich verſchieden und einer anderen Verwaltungsbehörde untergeben war, ſondern auch die Tendenz der Pandektencompilatoren, die ehemaligen Einzelrechte des Aerarium dem Fiscus beizulegen[20]). Für das Juſtinianiſche Recht ſteht ſomit die Regel feſt, daß die Ereptorien an den Fiscus kommen, wenn ſie nicht durch ſpecielle geſetzliche Vorſchrift anderen Perſonen zugewieſen werden[21]); doch geſchah dieß letztere nur ausnahmsweiſe und ſelbſt dann entſcheidet man ſich gewöhnlich nur für das Zurückbleiben derſelben in der Erbſchaftsmaſſe[22]). Der Erwerb der Ereptorien geſchieht ohne weitere Umſtände (ipso iure), ſo daß das Eigenthum des entriſſenen Erbtheiles ſofort an den Erwerber übergeht und es mithin dazu keiner Thathandlung von Seiten des Erwerbers bedarf[23]); und zwar wird dieſes Eigenthumsrecht nur durch Singularſucceſſion, wie bei den Legaten, im vorliegenden Falle erworben[24]), durch Univerſalſucceſſion wohl nicht einmal dann, wenn dem Erben ſein Erbtheil entriſſen wird. Fragt man, durch welche Rechtsmittel dieſer Erwerb geltend gemacht werde, ſo ſtellen ſich nach den verſchiedenen Seiten hin als verſchiedene heraus. Was nämlich zunächſt den anbetrifft, welchem der Erbtheil oder das Vermächtniß entzogen wird, ſo wird die Klagenabſchlagung[25]) (actionis denegatio) in den römiſchen Rechtsquellen als das

---

wähnt in L. 2. §. 1. D. 34. 9. Verordnungen des Pius kommen vor in L. 3. D. 34. 9., des Marcus in L. 12. u. L. 16. §. 2. D. 34. 9., Severus und Caracalla in L. 1. D. 34. 9. L. 16. §. 1. D. ibid., von Juſtinian in L. 25. C. de legatis. (6. 37.)

16) Tacit. annal. III. 25. Plin. epist. II. 16., IV. 12. Caius inst. II. 286., III. 62. L. 13. pr. u. L. 15. §. 1. u. 3. D. 49. 14.

17) Caius inst. II. §. 150. Ulp. fr. 28. 7.

18) L. 12. D. 34. 9.

19) L. 2. §. 1. D. 34. 9. L. 6. u. 13. L. 16. §. 2. D. ibid. L. un. §. 12. C. de caducis tollendis. (6. 51.) Vgl. L. 5. §. 2. D. 34. 9.

20) Beſonders belehrend werden in dieſer Beziehung L. 2. §. 1. D. 34. 9. L. 5. §. 2. u. 6. L. 6. L. 9. §. 2. L. 12. D. L. 13. L. 14. D. ibid. L. 8. §. 14. D. de inoff. testam. (5. 2.) L. 22. §. 3. D. ibid. L. 8. C. 6. 35. L. 29. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 4. §. 1. D. de lege Cornelia de falsis. (48. 10.) Vgl. Heineccius l. c. p. 417.

21) L. un. §. 12. C. 6. 51. vgl. mit Ulp. fr. 19. §. 11.

22) L. 25. C. 6. 37. L. 9. pr. §. 1. u. 2. D. 34. 9. Eine Ausnahme enthält L. 5. §. 2. D. 34. 9.

23) Ulp. fr. XIX. §. 17. vgl. mit §. 2. L. 1. §. 1. D. 49. 14. Daher Ulpian a. a. O. den Erwerb des Ereptorium als ein lege adquirere bezeichnet.

24) Ulp. fr. XIX. §. 17. vgl. mit §. 2.

25) L. 5. §. 5. 10. u. 11. D. 34. 9. L. 9. pr. §. 1 u. 2. L. 12. L. 15. L. 16. §. 1. D. ibid. L. 2. §. 23 u. 47. D. ad SC. Tertullianum

Mittel genannt, ihn zum Schweigen zu bringen, was man nicht gerade immer von einer ſofortigen Abweiſung des Klägers von der Schwelle des Gerichtes zu verſtehen hat, ſondern auch von der Geſtattung einer Exception gegen die angebrachte Klage, ſofern die Umſtände, welche die Indignität herbeiführen, vom Kläger in Abrede geſtellt werden[26]). Gleichwohl bleibt der Bedachte, dem ſein Erbtheil entzogen wird, immer noch nach, wie vor, Erbe[27]), und daß dieß nicht blos dem Namen nach der Fall iſt, ſondern auch praktiſche Folgen hat, geht daraus hervor, daß ihm die durch die Erbſchaftserwerbung erloſchenen Rechte, ohne Unterſchied, ob es Obligationsrechte, oder Servituten ſind, nicht reſtituirt werden[28]). Demnach erſcheint es für ihn räthlicher, die Erwerbung zu unterlaſſen, was dann freilich auf das Schickſal der Ereptorien weiter keinen Einfluß hat[29]). Für die Erbſchaftsſchulden haftet der Indignus nach der Ereption nicht weiter, da dieſe gleich allen anderen auf den Ereptorien ruhenden Laſten auf den Erwerber übergehen[30]). Von Vermächtniſſen, welche Ereptorien werden, wird uns zwar nirgends ausdrücklich bezeugt, daß ſie dem Bedachten auch nach der Ereption der Strenge des Rechtes zufolge zugeſchrieben werden; allein für dieſe Annahme ſpricht jedenfalls die Analogie der Erbſchaft. Was aber ferner den Erwerber des Ereptoriums anbetrifft, ſo iſt unter den neueren Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig, welche Klagen demſelben zur Geltendmachung ſeiner Anſprüche zuſtehen. Daß es nicht perſönliche Klagen ſein können, geht, wie auch bereits von Löhr[31]) bemerkt hat, ſchon daraus hervor, daß von einem vindicare ſolcher Erbportionen in den Schriften der claſſiſchen Juriſten geſprochen wird[32]), daher denn von einer condictio ex lege, welche manche neuere Juriſten dem Erwerber zum Zwecke der Geltendmachung ſeiner Anſprüche am Ereptorium geſtatten, nicht weiter die Rede ſein kann. Vielmehr leitet uns der Zuſammenhang unſerer Lehre mit den Caduca und die Zuſammenſtellung der letzteren mit den Ereptorien in Betreff der für den Erwerber aus der Singularſucceſſion entſtehenden Eigenthumsanſprüche bei Ulpian[33]) auf die Idee hin, daß auch bei den Ereptorien, gleichwie bei den Caduca, von einer wahren Eigenthumsklage (caducorum vindicatio) die Rede geweſen ſei (ſ. den Art. Ca-

---

et Orfitianum. (38.17.) L. 29. §. 2. u. L. 30. D. de donationibus. (39. 5.) L. 29. §. 1. D. 49. 14. Vgl. von Löhr, im Archiv für civ. Praxis Bd. 5, S. 387, und Marezoll, in Linde's Zeitſchrift für Prozeß und Civilrecht Bd. 1, S. 382.

26) Arg. L. 9. pr. D. de iureiurando. (12. 2.)

27) L. 8. D. 34. 9. L. 18. §. 1. D. ibid. L. 29. §. 1 u. 2. D. 49. 14.

28) L. 8. D. 34. 9. L. 18. §. 1. D. ibid. L. 29. §. 1 u. 2. D. 49. 14.

29) L. 29. §. 1. D. 49. 14.

30) L. 18. §. 1. D. 34. 9.

31) Im Archiv für civiliſtiſche Praxis Bd. 5, S. 387, Note 11.

32) L. 21. u. L. 25. §. 1. D. 34. 9. L. 32. §. 28. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.) L. 8. §. 14. D. de inoffic. testamento. (5. 2.) L. 7. §. 4. D. de poenis. (48. 20.)

33) Ulp. fr. tit. XIX. §. 2. u. 17.

ducum). Dieß beſtätigt ſich auch durch eine andere Stelle Ulpians[34]), welche dem Fiscus in einem unbezweifelten Indignitätsfalle geradezu die in rem actio zuſpricht, was zur Zeit der claſſiſchen Juriſten die gewöhnliche Bezeichnung für die Eigenthumsklage war[35]). Wahrſcheinlich dachte man ſich das ganze Ereptorium als Einzelſache, welche als ſolche den Gegenſtand der Klage ausmacht. Anderer Meinung iſt freilich Marezoll[36]), welcher wenigſtens für den Fall, wo der Fiscus in die Erbrechte des Indignus eintritt, demſelben zur Realiſirung ſeiner Anſprüche nicht allein gegen dieſen, ſondern auch gegen Andere die hereditatis petitio zuſpricht. Er ſtützt ſich zum Beweiſe dieſer Behauptung theils auf den Grundſatz, daß der eripirende Fiscus ganz an die Stelle des Indignus treten, ſtatt ſeiner ſuccediren ſoll[37]), welcher im vorliegenden Falle um ſo mehr in Betracht komme, da Juſtinian[38]) in einem anerkannten Indignitätsfalle ausdrücklich erkläre, der Eripirende trete dabei ganz als Erbe ein, könne alles vornehmen und thun, was ein Erbe vornehmen und thun dürfe, namentlich dieſelben Klagen anſtellen, wie ein Erbe; theils auf den Sprachgebrauch der claſſiſchen Juriſten, welche die für das Ereptionsrecht des Fiscus gebrauchten Ausdrücke, wie vindicare hereditatem, evincere hereditatem indigno, auch für die Anſtellung der hereditatis petitio gerade in der Lehre von der Indignität gebrauchen[39]); theils endlich auf Zeugniſſe der claſſiſchen Juriſten, welche unter den bei der hereditatis petitio vorkommenden praedones auch die Indigni verſtanden haben ſollen[40]) und die Worte des Juvencianiſchen Senatusconſultes, welche die caduca betreffen, auch auf alle andere Fälle ausdehnen, in denen der Fiscus aus irgend einem Grunde Anſpruch auf eine hereditas erwirbt[41]). Indeß läßt ſich gegen die Beweiskraft dieſer Gründe ſo viel einwenden, daß das Eintreten des Fiscus an die Stelle des Indignus eine ganz andere Bedeutung habe, als welche hier vorausgeſetzt wird, daß die Juſtinianiſche Novelle, welche zur Unterſtützung dieſer Vorausſetzung benutzt wird, dem Zuſammenhange des Ganzen nach nicht von der Ertheilung der hereditatis petitio an den Eripienten, ſondern von der Anſtellung der Klagen gegen die Erbſchaftsſchuldner verſtanden werden muß; daß ferner Ausdrücke, wie evincere

---

34) L. 43. D. de iure fisci. (49. 14.)

35) Vgl. Duroi, noch einige Bemerkungen über die actio in rem und actio in personam, ius in re und obligatio §. 1 u. 2. im Archiv für civil. Praxis Bd. 6, S. 252—258.

36) Mit welcher Klage kann der Fiscus oder ſonſtige Dritte auftreten, um ſein aus der Indignität des Berufenen hervorgehendes Erbrecht geltend zu machen, in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 1, S. 380—391.

37) L. 16. §. 2. D. 34. 9. L. 8. C. 6. 35.

38) Nov. 1. cap. 1. §. 4.

39) Vgl. L. 8. u. 17. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) L. 1. §. 1. D. si pars hereditatis petatur. (5. 4.) vgl. mit L. 2. §. 2. D. qui petant tutores. (26. 6.)

40) L. 25. §. 2—5. D. 5. 3. vgl. mit L. 2. pr. L. 13. u. 14. D. 34. 9.

41) L. 20. §. 6. u. 7. D. 5. 3.

hereditatem indigno, vindicare hereditatem, portiones, ebenſo gut von der Erbſchaftsklage, als von der ſpeciellen Eigenthumsklage gebraucht werden können, da die hereditas als Vermögenscomplex eines Verſtorbenen nicht immer den Begriff der Univerſalſucceſſion involvirt, z. B. in der ſo häufig vorkommenden Redensart emere, vendere hereditatem, und daß es mit den zuletzt angeführten Stellen eine ganz andere Bewandtniß hat. Denn, was zunächſt den Begriff des Prädo im Juvencianiſchen Senatusconſulte anbetrifft, ſo bezieht ſich derſelbe nach dem erſt durch neuere Unterſuchungen feſtgeſtellten Zuſammenhange dieſes Sc. mit der alten pro herede usucapio nur auf denjenigen, welcher ſich im böſen Glauben Behufs der usucapio lucrativa in den Beſitz einer fremden Erbſchaft oder einzelner Sachen aus derſelben geſetzt hat[42]), und, da der Senat bei Abfaſſung dieſes Beſchluſſes nur ſein Augenmerk darauf gerichtet hatte, die improbae usucapiones als etwas durchaus Unrechtliches hervorzuheben und deren Anfechtbarkeit einzuführen, ſo iſt es klar, daß jener Prädo des Juvencianiſchen Senatusconſultes, welcher zwiſchen dem Diebe oder gewaltſamen Beſitzer und jedem anderen Beſitzer im böſen Glauben gewiſſermaßen in der Mitte ſteht, mit dem Indignus, dem ja der Erwerb der Erbſchaft nach dem Rechte fortgeſtattet wird, nichts gemein gehabt haben kann. Und, was endlich die Ausdehnung des Senatsbeſchluſſes auf den Fall des erbloſen Gutes und der Ereptorien angeht, ſo deutet der Zuſammenhang der Ulpianiſchen Worte mit denen des Senatusconſultes nur ſo viel an, daß die Vorſchriften des letzteren auch in den genannten Klagfällen des Fiscus zur Anwendung kommen; damit iſt aber keineswegs geſagt, daß die dem Fiscus deßhalb zuſtehende Klage eine hereditas petitio ſei, und ſomit dürfte ſich gerade dieſe Annahme als eine petitio principii herausſtellen. Zudem ſteht der hier beſtrittenen Anſicht noch der Umſtand entgegen, daß die im vorliegenden Falle dem Fiscus zur Erlangung der Ereptorien geſtattete Klage dem Zuſammenhange unſerer Lehre nach nicht verſchieden ſein kann von der, welche ihm bei Legaten und Fideicommiſſen, die Ereptorien werden, zugeſprochen werden muß; daß ferner der Indignus auch nach der Ereption die Erbſchaft erwerben kann und nach der Strenge des Rechtes, wenn er ſie einmal erworben, fernerhin als Erbe angeſehen wird, alſo nicht einmal zur Uebernahme der Rolle des Beklagten bei der dem Eripienten zukommenden Erbſchaftsklage tauglich erſcheinen würde, und daß es endlich unbegreiflich wäre, daß ſich für die hier beſtrittene Annahme in den Schriften der claſſiſchen Juriſten kein ausdrückliches Zeugniß vorfindet, wenn dieſelbe in der That begründet geweſen. Ein Stillſchweigen, welches vom Standpunkte der von uns vertheidigten Anſicht aus leicht erklärt wird, da die römiſchen Juriſten bei dem Zuſammenhange unſerer Lehre mit der Caduca es als etwas Bekanntes vorausſetzten, daß die zur Realiſirung der aus beiden entſtehenden Anſprüche eingeführten Klagen identiſch ſind, und es

---

42) Vgl. Caius inst. II. 57. mit L. 20. §. 6. D. 5. 3. Siehe von Madai, über die Haftung des malae fidei possessor für fructus percipiendi in Linde's Zeitſchrift Th. 11, S. 3—5.

mithin nicht der Mühe werth halten mochten, über eine ſo klare Sache eine beſondere Bemerkung zu machen. — Die Form des Prozeſſes, in welcher die genannte Klage abgeſetzt wird, hat in Betreff der Perſonen, welchen das Ereptorium zufällt, mit Ausſchluß des Fiscus, nichts Ausgezeichnetes. Fällt das Ereptorium hingegen dem Fiscus zu, ſo wird der Prozeß gewöhnlich in der Form des Nunciationsverfahrens abgeſetzt[43]). Dieß Verfahren beruht auf folgenden Grundzügen. Es wurde allen Privatperſonen, welche von dem Anfalle eines Ereptorium an den Fiscus Wiſſenſchaft erlangt hatten, erlaubt, davon Anzeige bei der betreffenden Behörde zu machen, was man delatio, nunciare bona fisco nannte[44]). Für das Anbringen ſolcher Anzeigen waren beſtimmte Zeitfriſten feſtgeſetzt, nach deren Ablaufe die Einrede der Verjährung (praescriptio) entgegenſtand. Die Klage mußte der Denunciant, im Namen des Fiscus, gegen den Beſitzer der fraglichen Güter erheben[45]) und fortführen, mithin im vorliegenden Falle die in rem actio auf gleiche Weiſe einleiten, als wenn ein Private gegen einen anderen prozeſſirte, und den Beweis ſeiner Anzeige beibringen[46]). Daher der Beklagte in keinerlei Weiſe nachzuweiſen brauchte, wo er die Güter her habe[47]). Für die Erfüllung dieſer Verbindlichkeit hatte der Nunciant gleich von Anfang an dem Fiscus Bürgen zu ſtellen, an welche dieſer ſich halten konnte, wenn jener die Sache fallen ließ[48]); auch verlor derſelbe das Recht, künftighin zu nunciiren[49]) und es trafen ihn gewiſſe Strafen, wenn ihm bei der Nichterfüllung ſeiner Zuſage ſonſt kein Entſchuldigungsgrund zur Seite ſtand[50]). Wird der Beweis geführt, ſo erfolgt die Condemnation des Beklagten und dieſer hat dann an den Fiscus Rechnung über die verlangten Güter abzulegen und ein Verzeichniß derſelben einzureichen[51]). Eigenes Geſtändniß des Beklagten überhebt des Beweiſes, und dem Geſtändniſſe wird es gleich geachtet, wenn der Beklagte den Denuncianten oder Richter mit Geld oder Verſprechen unrechtmäßiger Weiſe abfindet[52]). Wird der Beweis nicht geführt, ſo erfolgt die Freiſprechung des Beſitzers[53]). Für ihre Mühwaltung zu Gunſten des Fiscus erhielten die Nuncianten eine gewiſſe Belohnung, welche noch in den Juſtinianiſchen Pandekten erwähnt wird[54]). Wie groß ſie geweſen, iſt uns unbekannt.

---

43) L. 1. pr. D. de iure fisci. (49. 14.) vgl. mit L. 18. §. 4. u. 7. D. ibid. L. 3. §. 10. D. ibid.

44) L. 1. pr. §. 2. D. 49. 14. L. 1. C. de delationibus. (10. 11.)

45) L. 2. §. 3. u. 4. D. 49. 14. L. 22. §. 3. L. 25. L. 35. D. ibid.

46) L. 35. D. 49. 14. L. 25. D. ibid.

47) L. 25. D. ibid.

48) L. 2. §. 3. D. 49. 14.

49) L. 2. §. 3. D. 49. 14.

50) L. 24. D. 49. 14. L. 15. pr. §. 1. u. 2., 4. u. 5. L. 22. §. 3. L. 23. D. ibid.

51) L. 15. §. 5. u. 6. D. 49. 14.

52) L. 4. D. 49. 14. L. 29. pr. L. 34. D. ibid.

53) L. 2. §. 3. u. 4. D. 49. 14.

54) L. 15. §. 1. D. 49. 14.

Die allgemeinen Grundſätze, nach welchen der Erwerb von Ereptorien beurtheilt wird, laſſen ſich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Durch die Ereption ſoll nur die Hoffnung auf einen Gewinn dem Unwürdigen entzogen werden. Daher wird auf der einen Seite dem Indignus nicht nur das entzogen, was ihm ſelbſt, ſondern auch das, was Perſonen hinterlaſſen iſt, durch welche er erwirbt, z. B. Hausſöhne oder eigne Sclaven[55]), mit Ausſchluß deſſen, was von der Perſon der letzteren nicht getrennt gedacht werden kann; aus gleichem Grunde wird ihm auch die Belohnung für die Selbſtanzeige aus einem Edicte Traians abgeſprochen[56]); auf der anderen Seite aber wird ihm nicht entzogen, was er an einen Anderen ausantworten muß, z. B. wenn ihm die Reſtitution des Legates oder der Erbſchaft an einen Dritten auferlegt worden iſt, ſo daß im zuletztgenannten Falle die Ereption ſich nur auf die Falcidiſche Quart beſchränkt[57]). Eine weitere Folge dieſes Grundſatzes iſt es, daß 2) die Ereption, wo ſie eintritt, vollſtändig geſchieht, d. h. dem Indignus aller und jeder Gewinn zu Gunſten des Eripienten entzogen wird, welchen derſelbe aus dem ihm hinterlaſſenen Erbtheile oder Vermächtniſſe möglicher Weiſe gezogen hat. Daher verliert der Indignus nicht allein den Anſpruch auf die Falcidiſche Quart von dem, was ihm entriſſen wird[58]), ſondern wird auch gezwungen, die aus dem Ereptorium gezogenen Früchte, Zinſen u. ſ. w. herauszugeben[59]). Die Meinung Papinians, welcher im Falle des tacitum fideicommissum nach der Litisconteſtation auch die Zinſen des Kaufpreiſes von den gezogenen Früchten vergütet wiſſen wollte, iſt von Septimius Severus verworfen worden[60]). 3) Durch die Ereption darf der Indignus in keinem von ſeinen bereits vor dem Anfall des Ereptorium erworbenen Vermögensrechten verletzt werden. Daher er weder für die Erbſchaftsſchulden weiter haftet[61]), noch dazu angehalten werden kann, die auf den Ereptorien ruhenden Beſchwerniſſe anzuerkennen[62]), und nur ſolche Verletzungen in den eignen Vermögensrechten zu leiden hat, welche durch eigne Handlungen herbeigeführt werden. So wird er z. B. durch den freiwilligen Erbſchaftsantritt verpflichtet, die Legate auszuzahlen, wenn der Fiscus von ſeinem Rechte keinen Gebrauch macht[63]); ingleichen kann er nicht Reſtitution der Obligationen, Klagrechte und Servituten verlangen, welche durch die Erbſchaftserwerbung in Folge der Confuſio erloſchen ſind[64]), außer wo ihm ein thatſächlicher Irrthum als Entſchuldigungsgrund zur Seite ſteht[65]).

---

55) L. 5. §. 3. D. 34. 9.
56) L. 5. §. 20. D. 34. 9. vgl. mit L. 13. D. 49. 14.
57) L. 8. §. 14. D. de inoff. testam. (5. 2.)
58) L. 5. §. 19. D. 34. 9. L. 6. 11. 15. D. ibid. L. 59. pr. u. §. 1. D. ad legem Falcidiam. (35. 1.) L. 8. §. 14. D. de inoff. testam. (5. 2.)
59) L. 17. u. 18. D. 34. 9. L. 17. §. 2. D. de usuris. (22. 1.)
60) L. 18. pr. D. 34. 9.
61) L. 18. §. 1. D. 34. 9.
62) L. 5. §. 4. D. 34. 9. L. 50. §. 2. D. de leg. I. (30.)
63) L. 50. §. 2. D. de leg. I. (30.)
64) L. 17. L. 18. §. 1. D. 34. 9. L. 29. §. 1. u. 2. D. 49. 14.
65) L. 17. D. 34. 9.

4) Es hängt nur von der Willkür des Berechtigten ab, ob er von ſeinem Rechte an dem Ereptorium Gebrauch machen will. Daher der Eripient auf der einen Seite nicht gezwungen werden kann, von der Ereptionsklage Gebrauch zu machen, ja ſogar durch ausdrückliche Erklärung auf ſeine Gerechtſame verzichten darf, was bei dem Fiscus mit dem auch ſonſt bei fiscaliſchen Verzichtleiſtungen gewöhnlichen Ausdrucke bona non agnoscere [66]) bezeichnet wird, und in dieſem Falle bleibt alles bei dem Alten in der Maße, daß der Indignus die von ihm erworbene Erbſchaft definitiv behält; aber auf der anderen Seite dem Rechte des Eripienten nicht durch Handlungen des Indignus präjudicirt wird. Hat der Indignus ſolche Güter veräußert in der Abſicht, den Fiscus darum zu bringen, ſo hat dieſer das Recht, die Veräußerung auch Dritten gegenüber wieder aufzuheben [67]). 5) Der Eripient, welcher von ſeinem Rechte am Ereptorium Gebrauch macht, tritt in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Indignus ein [68]). Daher der Eripient die Falcidiſche und Trebellianiſche Quart an der Stelle des Eripienten abzuziehen berechtigt iſt [69]); daher er die Erbſchaftsſchuldner verklagen kann [70]); daher ihm das Recht der Adition und pro herede gestio in einem beſtimmten Falle von Juſtinian zugeſprochen wird [71]). Daß er aber in die Verbindlichkeiten des Indignus eintritt, iſt nur die Folge der aus der lex Julia und Papia Poppaea kommenden Rechtsregel: caduca cum onere fiunt [72]), welche in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern auf alle Arten dem Fiscus verfallener Güter angewendet wird, bei dem SC. Silanianum [73]), bei der Indignität [74]), bei der Verhinderung am Teſtiren [75]), bei dem tacitum fideicommissum [76]), bei der Deportation [77]), bei den erbloſen Gütern [78]). Rückſichtlich des SC. Silanianum war zwar eine entgegengeſetzte Anſicht aufgeſtellt worden, dieſe wird aber von Caius als offenbar grundlos verworfen [79]). Als Folgen dieſes Grundſatzes muß es gelten, wenn der Fiscus, welchem eine Erbſchaft als Ereptorium zufällt, verpflichtet wird, die Erbſchaftsſchulden abzuzahlen [80]), die auf dem Ereptorium haftenden Ver-

---

66) L. 30. §. 2. D. de leg. I. (30.) vgl. mit L. 6. §. 3. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 4. §. 17. u. 20. D. de fideicommissariis libertatibus. (40. 5.)

67) L. 45. pr. D. 49. 14.

68) L. 2. §. 47. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) L. 8. C. de his quibus ut indignis. (6. 35.) Nov. 1. cap. 1. §. 4.

69) L. 3. §. 5. D. 36. 1.

70) Nov. 1. cap. 1. §. 4.

71) Nov. 1. cap. 1. §. 4.

72) Ulp. fr. 17. 3. L. 60. §. 1. D. de condit. et demonstr. (35. 1.) L. 96. §. 1. D. de leg. I. (30.)

73) L. 9. D. de SC. Silaniano. (29. 5.)

74) L. 12. 16. §. 2. D. 34. 9.

75) L. 2. §. 2. D. si quis aliquem testari. (29. 6.)

76) L. 3. §. 4. D. 49. 14. L. 3. C. ad legem Falcidiam. (6. 50.)

77) L. 17. §. 5. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

78) L. 96. §. 1. D. de legatis I. (30.)

79) L. 14. D. 49. 14.

80) L. 3. §. 5. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) Nov. 1. cap. 1. §.

mächtniſſe zu entrichten, ohne Unterſchied, ob es Legate oder Fideicommiſſe ſind [81]), und die im letzten Willen ertheilten Freilaſſungen anzuerkennen [82]). Auch hat Kaiſer Juſtinian in der bekannten Conſtitution, worin er die Caduca des alten Rechtes aufgehoben hat, an dieſen Grundſätzen nichts geändert [83]), vielmehr dieſelben bei Gelegenheit eines neuen, erſt von ihm eingeführten Indignitätsfalles wiederum beſonders eingeſchärft [84]). Eine Ausnahme von dieſer Regel kommt dann vor, wenn die Erbſchaft deshalb Ereptorium wird, weil die im erſten Teſtamente ernannten Erben den Erblaſſer, welcher daſſelbe ändern wollte, daran verhindert haben. Dann fallen nach der Anſicht von Paullus [85]) auch alle Legate und Fideicommiſſe aus dieſem Teſtamente weg, weil angenommen wird, daß der Erblaſſer ſein ganzes Teſtament habe aufheben wollen. Eine andere Modification erleiden die oben gedachten Grundſätze auch dann, wenn dem Erben neben dem Erbtheile in demſelben Teſtamente noch Legate per praeceptionem ertheilt ſind, und der Erblaſſer nach Vollendung des erſten Teſtamentes entweder den Namen des Erben ausgeſtrichen, oder in einem zweiten Teſtamente ſolche Perſonen zu Erben ernannt hat, welche er nicht zu Erben einſetzen konnte [86]). In beiden Fällen kommen nämlich auch die Präceptionslegate in Wegfall, wenn es aus den Umſtänden klar iſt, daß der Erblaſſer auch dieſe dem Erben habe entziehen wollen. Doch wird dieſe Abſicht nicht vermuthet, und, wenn ſie nicht ganz auf überzeugende Weiſe dem Richter dargethan wird, dem Indignus die Vermächtnißklage nicht abgeſprochen. 6) Durch die Ereption wird ein dauerndes, von äußeren Umſtänden abhängiges Rechtsverhältniß begründet. Daher auf der einen Seite der Indignus nicht wieder erwerben kann, was ihm durch die Ereption einmal definitiv entzogen worden iſt, auf der anderen Seite die Folgen der Ereption nicht allein gegen ihn, ſondern auch gegen ſeine Erben in ihrem ganzen Umfange eintreten [87]). Gleichwohl erſtrecken ſich die Wirkungen der Ereption nicht über den Indignus und deſſen Univerſalſucceſſoren hinaus, daher die, welche durch den Indignus erwerben, das dieſem hinterlaſſene Erbtheil oder Vermächtniß mit Ausſchluß des

---

4. vgl. mit L. 72. pr. D. de iure dotium. (23. 2.) L. 18. §. 1. D. 34. 9. L. 2. C. ad legem Juliam de vi. (9. 12.) Freilich iſt es wohl richtiger, nicht an eine unmittelbare Verpflichtung zur Abzahlung der Erbſchaftsſchulden zu denken, ſondern an eine mittelbare, die nur durch die Annahme des vortheilhaften Ereptorium von Seiten des Fiscus entſteht. Vgl. L. 1. §. 1. D. 49. 14. L. 11. D. ibid. und von Schröter, zu der Lehre von den bona vacantia in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 10, S. 107—113.

81) L. 50. §. 2. D. 30. L. 60. §. 1. D. 35. 1. L. 16. §. 2. D. 34. 9. L. 5. §. 4. L. 12. D. ibid. L. 3. §. 5. D. 36. 1. L. 3. §. 4. D. 49. 14. L. 14. D. 49. 14. L. 2. pr. u. §. 1. D. de alimentis vel cibariis legatis. (33. 1.)

82) L. 14. D. 49. 14. L. 3. §. 4. D. ibid.

83) L. un. §. 12. C. de cad. tollendis. (6. 50.)

84) Nov. 1. c. 1. §. 1. 3. 4.

85) L. 19. D. 34. 9.

86) L. 12. D. 34. 9.

87) L. 9. D. 49. 14. L. 26. D. ad legem Corneliam de falsis. (48. 10.)

Fiscus und der ſonſtigen Eripienten erhalten[88]), außer wenn ſie um die Handlung, welche die Indignität in der Perſon des Vermächtnißnehmers oder Erben herbeigeführt, gewußt, ſie befördert, oder wenigſtens nicht gemißbilligt haben.

Es bleibt noch übrig, die Einzelfälle der Indignität zu verzeichnen. Der älteſte Indignitätsfall war wohl der, welcher aus Handlungen des Bedachten gegen den erklärten Willen des Erblaſſers herrührte. Wenigſtens bezieht ſich Juſtinian[89]) geradezu auf alte Volksſchlüſſe, und wie groß der Umfang deſſelben im vorjuſtinianiſchen Rechte geweſen ſei, ergibt das Zeugniß des Paullus[90]), welcher nur dann eine Ausnahme geſtattet, wenn der im Teſtamente ausgeſprochene Wille des Erblaſſers nicht geradezu die Abſicht deſſelben verrathe, die Vorſchriften des Geſetzes zu umgehen. Auf die Befolgung der vom Erblaſſer für ſein Begräbniß und die Errichtung eines Monumentes gegebenen Vorſchriften beziehen ſich noch Stellen in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern[91]). Daß aber von der Nichtbefolgung dieſer Vorſchriften her ein Ereptionsgrund genommen werden dürfe, ſtellt eine in den Juſtinianiſchen Codex eingetragene Conſtitution des Kaiſers Alexander Severus[92]) in Abrede, und ſeit dieſer Zeit ſcheint derſelbe, mit Ausnahme eines ſpeciellen Falles, in Vergeſſenheit gekommen zu ſein. Wenigſtens ſagt Juſtinian[93]), daß in dieſer Beziehung die Verfügung der Geſetze abgekommen ſei, und ſpricht zugleich die Abſicht aus, dieſelbe einigermaßen wiederherzuſtellen. Im Juſtinianiſchen Rechte iſt indignus I. hinſichtlich eines ihm deferirten Erbrechtes und Vermächtniſſes 1) wer den Tod des Erblaſſers durch Abſicht oder Fahrläſſigkeit verſchuldet hat[94]); 2) der Erbe, welcher es unterläßt, die Unterſuchung gegen den Mörder des Erblaſſers zu bewirken[95]); doch muß in dieſer Beziehung dem Erben eine gewiſſe Fahrläſſigkeit zu Schulden kommen[96]); Minderjährigkeit entſchuldigt[97]). Dieſer Indignitätsfall ſchreibt ſich wahrſcheinlich aus dem SC. Silanianum her[98]). 3) Wer bei Lebzeiten des Erblaſſers ohne deſſen Willen über die Verlaſſenſchaft paciſcirt hat[99]). 4) Wer die Rechtsfähigkeit des Erblaſſers,

---

88) L. 5. §. 5. D. 34. 9.

89) Et in leges respeximus L. 32. C. de fideicommissis. (6. 42.) Auch Nov. 1. praef. §. 1. ſpricht von τοὺς οὕτω γεγραμμένους νόμους.

90) Sent. rec. III. 5. §. 13.

91) L. 202. D. de V. S. (50. 16.) L. 12. §. 4. D. de religiosis (11. 7.)

92) L. 5. C. 6. 35. Vgl. L. 5. C. de religiosis. (3. 44.)

93) Nov. 1. praef. §. 1. Vgl. Schilling, Bemerkungen über römiſche Rechtsgeſchichte S. 314 flg.

94) L. 3. D. 34. 9. L. 10. C. 6. 35.

95) L. 21. D. 34. 9. L. 1. 6. 7. 9. C. 6. 35. L. 15. D. de SC. Silaniano. (29. 5.) L. 15. §. 1. u. 2. D. ibid.

96) L. 7. C. 6. 35. L. 21. §. 2. D. 29. 5.

97) L. 6. C. 6. 35.

98) L. 15. §. 1. D. 29. 5.

99) L. 2. §. 3. D. 34. 9. L. 29. §. 2. D. de donationibus. (39. 5.) L. 30. D. ibid.

aus deſſen letztem Willen ihm etwas zukommen ſoll, angefochten hat[100]); 5) wer den letzten Willen als verfälſcht, als inofficios oder durch die bonorum possessio contra tabulas angefochten, oder eine ſolche Anfechtung unterſtützt hat, ohne durch eine ihm obliegende Pflicht dazu genöthigt zu ſein[101]). Dieſer Indignitätsfall erſtreckt ſich alſo auf die Zeugen, welche die klägeriſche Intention durch ihre Ausſage unterſtützen[102]), auf die klägeriſchen Bürgen und Anwälte[103]) und auf den Magiſtrat, der durch ſein ſpäter in der Appellationsinſtanz reformirtes Urtheil den Kläger unterſtützt hat[104]); keineswegs aber auf Tutoren und Curatoren, welche im Namen ihrer Mündel das Teſtament anfechten[105]), auf den Generalanwalt des Fiscus, welcher die an den Fiscus deßhalb gelangende Anzeige ausführt[106]), oder auf den Vater, welcher im Namen ſeines im Teſtamente der Mutter übergegangenen Sohnes daſſelbe als inofficios anficht[107]), eben ſo wenig auf die Univerſalſucceſſoren, welche den von dem Erblaſſer erhobenen aber nicht ausgeführten Prozeß zu Ende bringen[108]). Minderjährigkeit entſchuldigt[109]). Auch Zurücknahme der Klage vor der Abgabe des Endurtheiles ſchließt die Indignität aus[110]). Wer das Teſtament angefochten hat, verliert auch alles, was ihm in der secundae tabulae oder dem teſtamentariſchen Codicille hinterlaſſen iſt[111]); während der, welcher die secundae tabulae oder die Codicille anficht, nicht das verliert, was ihm im Teſtamente hinterlaſſen worden[112]). Auf Schenkungen von Todeswegen erſtreckt ſich dieſer Ereptionsgrund nicht[113]), außer im Falle der bonorum possessio contra tabulas[114]), wohl aber auf andere Zuwendungen von Todeswegen, ſofern ſie durch das Teſtament bedingt ſind[115]). 6) Wer den Erblaſſer argliſtiger Weiſe an der Errichtung oder Aenderung eines letzten Willens gehindert hat. Im erſten Falle erſcheint er unwürdig hinſichtlich der Inteſtaterbfolge[116]), im zwei-

100) L. 9. §. 2. D. 34. 9.

101) L. 2. pr. D. 34. 9. L. 5. §. 1. 7—19. D. ibid. L. 7. 15. 22. D. ibid. L. 18. §. 1. D. de bon. possessione contra tabulas. (37. 4.) L. 29. §. 1. D. 49. 14. L. 6. C. ad legem Corneliam de falsis. (9. 22.)

102) L. 5. §. 10. D. 34. 9.

103) L. 5. §. 10. u. 11. D. 34. 9.

104) L. 5. §. 12. D. ibid.

105) L. 30. §. 1. D. de inoff. test. (5. 2.) L. 22. D. 34. 9.

106) L. 5. §. 13. D. 34. 9.

107) L. 22. §. 1. D. 5. 2.

108) L. 22. §. 2. u. 3. D. 5. 2.

109) L. 5. §. 9. D. 34. 9.

110) L. 8. §. 14. D. 5. 2. L. 8. C. 6. 35. Vgl. L. 24. D. ad leg. Corn. de falsis. (48. 10.)

111) L. 22. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.) L. 5. §. 14. D. 34. 9. vgl. mit L. 2. pr. D. 34. 9. L. 5. §. 4. D. de legatis praestandis. (37. 5.)

112) L. 5. §. 14. D. 34. 9. L. 15. D. ibid.

113) L. 5. §. 17. D. 34. 9.

114) L. 18. §. 1. D. de bon. poss. contra tab. (37. 4.)

115) L. 5. §. 18. D. ibid.

116) L. 19. D. 34. 9. L. 1. pr. §. 1. u. 2. D. si quis aliquem testari. (29. 6.) L. 2. pr. §. 2. D. ibid. L. 2. C. si quis aliquem testari. (6. 34.)

ten hinſichtlich des in dem letzten Willen ihm Hinterlaſſenen. 7) Wer mit dem Erblaſſer wiſſentlich in einer verbotenen Geſchlechtsverbindung gelebt hat[117]). Irrthum und Minderjährigkeit entſchuldigt, vorausgeſetzt, daß die betreffenden Perſonen, nachdem ſie ihren Irrthum eingeſehen oder die Großjährigkeit erreicht haben, dieß Verhältniß nicht fortgeſetzt haben. 8) Wer ſich gegen den Erblaſſer anheiſchig gemacht hat, das ihm Hinterlaſſene ganz oder zum Theile oder etwas Anderes einer des Erwerbes unfähigen Perſon zu reſtituiren, in Betreff deſſen, was er reſtituiren ſollte, und dieß wird ihm entriſſen, ſo daß ihm kein Vortheil davon bleibt[118]); vorausgeſetzt indeß, daß der Incapax zur Zeit, wo das Fideicommiß hinterlaſſen wurde, bereits mit der Incapacität behaftet war[119]), daß der, welcher ſich zur Reſtitution anheiſchig macht, von der Incapacität des erſteren unterrichtet war[120]), daß dieſe Incapacität bis an den Tod des Erblaſſers gedauert hat[121]), daß der, welcher die Reſtitution vorzunehmen hat, nicht in der väterlichen Gewalt des Erblaſſers ſtehe[122]), und daß die Uebernahme der Verpflichtung zur Reſtitution heimlicher Weiſe erfolgt ſei[123]), was man in der Regel ſchon dann annahm, wenn davon nichts im Teſtamente oder in den Codicillen ſtand[124]); gleichviel indeſſen, ob die Reſtitution in einer beſonderen Urkunde oder durch ſimples Verſprechen übernommen worden[125]). Solche Reſtitutionsverträge heißen in der Kunſtſprache der claſſiſchen Juriſten tacita fideicommissa und wurden als Schleichwege betrachtet, um die Vorſchriften des Juliſchen und Papiſchen Geſetzes über die Capacität zu umgehen[126]). Dieſer Ereptionsgrund ſchreibt ſich aber wohl nicht aus den genannten Geſetzen ſelbſt, ſondern aus einem dazu gemachten Senatsbeſchluſſe her[127]). 9) Wenn ein Erbe oder Vermächtnißnehmer eine ihm vom Erblaſſer gemachte Auflage ein Jahr lang, nachdem er durch richterlichen Beſcheid zur Erfüllung aufgefordert worden, unerfüllt läßt, ſo verliert er das ihm Hinterlaſſene bis auf ſeinen Pflichttheil[128]). Die Perſonen, die es, wenn ſie ſich zur Erfüllung der Auflage anheiſchig machen, erhalten, ſind vor Allem der Subſtitut des Indignus, dann die, welche es vermöge des Accreſcenzrechtes erhalten haben würden (dann bei unwürdigen Legataren

---

117) L. 2. §. 1. D. 34. 9. L. 13. u. 14. D. ibid. L. 4. C. de incestis et inutilibus nuptiis. (5. 5.)

118) L. 10. pr. u. §. 1. D. 34. 9. L. 11. L. 18. pr. §. 1. u. 2. L. 23. D. ibid. L. 17. §. 2. D. de usuris. (22. 1.) L. 3. pr. §. 1—4. D. 49. 14.

119) L. 10. §. 1. D. 34. 9.

120) L. 10. pr. u. §. 1. D. 34. 9. L. 3. pr. §. 1. u. 2. D. 49. 14.

121) L. 10. §. 1. D. 34. 9. L. 3. §. 2. D. 49. 14.

122) L. 10. §. 2. D. 34. 9.

123) L. 10. pr. D. 34. 9. L. 3. pr. §. 1. u. 3. D. 49. 14.

124) L. 3. pr. D. 49. 14.

125) L. 3. §. 3. D. 49. 14. L. 10. pr. D. 34. 9.

126) Dieſen Geſichtspunkt hebt namentlich hervor L. 10. pr. u. §. 1. D. 49. 14. L. 11. L. 18. pr. D. ibid. L. 3. pr. §. 1. u. 2. D. 49. 14.

127) L. 11. u. 23. D. 34. 9.

128) Nov. 1. cap. 1.

die Erben, welche im Falle der Unwürdigkeit ihres Miterben eben die Accreſcenzberechtigten ſind), dann die Univerſalfideicommiſſare, dann die Vermächtnißnehmer (unter den beiden letzteren beſtimmt die Größe des Univerſalfideicommiſſes oder Vermächtniſſes die Ordnung), dann die zur Inteſtaterbfolge Berechtigten nach der Ordnung der Inteſtaterbfolge (nur mit Auslaſſung der vom Erblaſſer enterbten), endlich jeder Andere, welcher die obige Bedingung erfüllt. Findet ſich keine von den genannten Perſonen, welche das dem Unwürdigen Entriſſene annimmt, ſo zieht es der Fiscus mit der Verbindlichkeit zur Erfüllung der Auflage ein. 10) Wenn ein vom Erblaſſer im letzten Willen Bedachter die ihm von demſelben aufgetragene Erziehung eines unmündigen Kindes deſſelben ablehnt, ſo verliert er das um dieſes Auftrages willen Hinterlaſſene, den Erbtheil an die Miterben, das Vermächtniß an den Onerirten[129]). II. Hinſichtlich eines ihm deferirten Erbrechtes allein iſt indignus 1) wer als nächſter Anverwandter im Pupillarteſtamente dem Sohne des Erblaſſers ſubſtituirt worden iſt, und nach dem Tode des Pupillen deſſen Mutter der Kindesunterſchiebung peinlich anklagt, in der Abſicht, für ſich die Inteſtaterbfolge in des Erblaſſers Güter zu eröffnen, und in dieſem Prozeſſe unterliegt[130]). Dieſer verliert dann alles, was er als Subſtitut des Pupillen ſonſt erhalten haben würde. 2) Wer bei dem gewaltſamen Tode des Erblaſſers die Teſtamentseröffnung vorgenommen und die Erbſchaft angetreten hat, ehe die Sclaven des Erblaſſers auf die Tortur geſpannt und die Schuldigen beſtraft worden ſind[131]). Unwiſſenheit entſchuldigt[132]). Dieſer Ereptionsgrund ſtammt aus dem SC. Silanianum. 3) Der Erbe, hinſichtlich deſſen der Erblaſſer nachher ſeinen Willen geändert hat, ohne jedoch das Teſtament oder die Erbeinſetzung wirklich aufzuheben, alſo wenn der Erblaſſer auf irgend eine Weiſe ſeinen Willen kund gethan hat, daß jener nicht ſein Erbe ſein ſolle, wenn er ſeinen Namen durchſtrichen oder nachher ein anderes aber ungiltiges Teſtament gemacht, worin er ihn nicht eingeſetzt[133]). 4) Der Erbe, welchen der Teſtator für ſein Kind gehalten hat und der nach deſſen Tode als untergeſchoben befunden wird[134]). 5) Wenn der Erbe zur Erbſchaft gehörige Sachen bei Seite ſchafft, um die Vermächtnißnehmer zu verkürzen, ſo wird ihm die Falcidiſche Quart vom Werthe dieſer Sachen entzogen[135]). 6) Der Erbe, einerlei ob Teſtaments- oder Inteſtaterbe, welcher ſich des blödſinnigen Erblaſſers nach vorhergehender Aufforderung des Verpflegers nicht angenommen hat, in welchem Falle der Verpfleger das Erbtheil des Indignus vindicirt[136]). 7) Wenn Kinder ihre Aeltern, oder Aeltern ihre Kinder oder ein ſonſtiger Erbe den Erblaſſer, während

---

129) L. 1. §. 3. D. ubi pupillus. (27. 2.)
130) L. 16. pr. D. 34. 9.
131) L. 5. §. 2. L. 8. §. 1. L. 27. D. 29. 6. L. 3. C. 6. 35.
132) L. 27. D. 29. 6.
133) L. 12. L. 16. §. 2. D. 34. 9. L. 4. C. 6. 35.
134) L. 46. pr. D. 49. 14.
135) L. 6. D. 34. 9.
136) Nov. 115. c. 3. §. 12.

er weiß, daß er ſein teſtamentariſcher oder Inteſtaterbe ſei, in feindlicher Gefangenſchaft gelaſſen haben, ohne ihn losgekauft zu haben, ſo ſind ſie, ſofern ſie wenigſtens 18 Jahr alt waren, der Erbſchaft des in der Gefangenſchaft und Unfähigkeit, ihr liebloſes Betragen ſelbſt zu beſtrafen, verſtorbenen Erblaſſers unwürdig; dieſelbe ſoll an die Kirche ſeines Geburtsortes fallen und von dieſer zur Loskaufung von Gefangenen verwendet werden [137]). III. Hinſichtlich eines Vermächtniſſes insbeſondere iſt unwürdig 1) wer im Teſtamente des Vaters als Tutor beſtellt iſt, und ſich excuſirt; das ihm in jener Rückſicht hinterlaſſene Vermächtniß fällt an den Pupillen [138]). Als Grund dieſer Verfügung wird angegeben, daß der beſtellte Tutor gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Erblaſſers gehandelt habe [139]). 2) Wer das Teſtament verheimlicht [140]). Dann bleibt das Vermächtniß bei dem Onerirten. 3) Wer Sachen aus der Erbſchaft entwendet, verliert zu Gunſten des Onerirten an ſeinem Vermächtniſſe den Werth des Entwendeten [141]). 4) Wer den Erblaſſer, nachdem dieſer das Vermächtniß errichtet hat, beſchimpft [142]); wozu nicht allein Injurien gerechnet werden, ſondern auch die Denunciation wegen unerlaubten Handels [143]) und peinliche Anklage [144]). Sein Vermächtniß wird vom Onerirten eingezogen. 5) Wer das ihm vom Erblaſſer aufgetragene Begräbniß deſſelben nicht beſorgt. Auch hier verfällt das Vermächtniß dem Onerirten [145]). Heimbach.

Erzbiſchof (Archiepiscopus, Metropolitanus) [1]) iſt der geiſtliche Obere (Biſchof) eines aus mehreren Diöceſen gebildeten kirchlichen Sprengels (Provinz).

Es liegt in der Natur jeder größeren Gemeinſchaft, daß zur Wahrnehmung ihrer Intereſſen ſich kleinere und größere Verwaltungskreiſe bilden, welche in beſtimmter Einheit erhalten werden. Die Entwickelungsgeſchichte jeder umfangreicheren Vereinigung beſtätigt die Nothwendigkeit einer ſolchen Organiſation, und ſo finden wir auch in der Kirche eine gewiſſe Gliederung in der Verwaltung, welche man als hierarchiſche Ord-

137) Nov. 115. c. 3. §. 13. c. 4. §. 7.
138) L. 5. §. 2. D. 34. 9. L. 25. C. de legatis. (6. 37.) L. 36. pr. D. de excus. (27. 1.)
139) L. 5. §. 2. D. 34. 9.
140) L. 25. C. 6. 37.
141) L. 5. C. 6. 37.
142) L. 9. §. 1. D. 34. 9.
143) L. 1. D. 34. 9.
144) L. 31. §. 2. D. de adim. vel transf. legatis. (34. 4.)
145) L. 12. §. 4. D. de religiosis. (11. 7.)
1) Vgl. dist. XCIX—CI. c. 1 sq. Cau. IX. qu. III—X. 1. 8. (ſ. u. Anm. 79)). Tit. de supplenda negligentia praelatorum (X. 1. 10. in XI. 1. 8.). — Literatur: Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. I. lib. I. cap. XL—XLVIII. Bingham, origines eccl. lib. II. tit. XVI. Joſ. Helfert, von den Rechten und Pflichten der Biſchöfe, Th. I, §. 6—16 (daſelbſt §. 5, S. 6, Nachweis von Monographien). Binterim, die vorzüglichſten Denkwürdigkeiten der chriſtkath. Kirche, Bd. III, S. 269—313.

nung zu bezeichnen pflegt. Die Hierarchie iſt aber nicht eine von Beginn her fundirte, ſondern im Laufe der Zeit entſtandene.

Die Apoſtel wählten weiſe zur Gründung der erſten Gemeinden die Hauptſtädte der römiſchen Provinzen, die Metropolen, weil von hier aus die Verbindung mit den andern Städten und dem platten Lande leichter zu bewirken war. Die aus einem ſolchen Mittelpunkte gegründeten Kirchen blieben mit demſelben in ſteter Gemeinſchaft und konnten ſo einen eignen Verwaltungskreis ſchaffen, da man in religiöſen oder bürgerlichen Angelegenheiten ſich nach der Metropole hin zu wenden häufig veranlaßt wurde. Als das Haupt dieſes Kreiſes erſchien dann der Biſchof der Metropole. Schon im zweiten und dritten Jahrhunderte finden wir dieſes Verhältniß für mehre Sprengel in Wirkſamkeit, welche ſeit der Reception des Chriſtenthums im römiſchen Staate durch Conſtantin den Großen bedeutend erhöht werden mußte[2]). Was ſich auf dem Wege der Sitte gebildet hatte, ward auf dem Concil zu Nicäa im J. 325 geſetzlich fixirt (mos antiquus perdurat etc.)[3]) und ſeitdem weiter ausgeführt[4]). Der Biſchof der Metropole, nach dieſer Metropolitanus genannt (Conc. Nic., Antioch.), ſollte demnach über die anderen Biſchöfe der Provinz (Eparchie) eine allgemeine Aufſicht führen, für den Fall der Abweſenheit der Biſchöfe das Erforderliche veranlaſſen, für die Wiederbeſetzung eines erledigten Bisthums ſorgen, die erfolgten Biſchofswahlen beſtätigen, und Angelegenheiten von allgemeinerem, die Provinz berührendem Intereſſe in Gemeinſchaft mit den Biſchöfen berathen und ordnen, zu dem Behufe Provinzialſynoden berufen und auf denſelben den Vorſitz führen[5]). Zunächſt kam es im Oriente zu einer allgemeinen Metropolitanverfaſſung, Anfangs im Occidente nur hin und wieder und zum Theil in abweichender Form: dann in Afrika und Spanien erſcheinen unabhängig von der Hauptſtadt nach dem Alter die Biſchöfe als Provinzialvorſteher (episcopi primae sedis, primates)[6]). Ueber den Metropoliten ſtanden Ἀρχιεπίσκοποι, welcher

---

2) Eine weitere geſchichtliche Ausführung findet ſich bei Ziegler, pragmatiſche Geſchichte der kirchlichen Verfaſſungsformen in den erſten ſechs Jahrhunderten der Kirche (Leipzig 1778, 8.), S. 61 flg. — Gegen Dupin, de antiqua ecclesiae disciplina diss. I., welcher den im Texte angedeuteten allmäligen Bildungsgang der Hierarchie behauptet, ſucht Binterim a. a. O. den apoſtoliſchen Urſprung und die primäre Einſetzung zu beweiſen.

3) c. 6. (c. 8. dist. LXIV. c. 1. 6. dist. LXV). c. 7. (c. 7. dist. LXV.)

4) c. 9. Conc. Antioch. a. 332. (c. 2. Cau. IX. qu. III), die Quelle des Canon. Apostol. 33. (ab 35.), ſ. v. Drey, neue Unterſuchungen über die Conſtitutionen und Kanones der Apoſtel, S. 323 flg.

5) S. Isidor. Etymol. lib. VII. cap. 12. in c. 1. §. 4. dist. XXI: Metropolitani a mensura civitatum vocantur; singulis enim provinciis praeeminent, quorum auctoritati et doctrinae ceteri sacerdotes subiecti sunt, sine quibus nihil reliquos agere licet episcopos; solicitudo enim totius provinciae ipsis commissa est. (Die einzelnen Belege ſind unten anzuführen.) Vgl. Balsamon, ad c. 21. u. 102. Cod. eccl. Afric.

6) Münter, primordia ecclesiae Africanae. (Hafniae 1828. 4.) cap. III. IV. — Lembke, Geſch. von Spanien, Bd. I (Hamburg 1831, 8.), S. 127 flg.

Ausdruck urſprünglich mit Patriarchae gleichbedeutend iſt. Zuerſt wird das Prädicat Archiepiscopus im vierten Jahrhunderte dem Biſchofe von Alexandria beigelegt[7]), auf dem Concil zu Epheſus (431) und Chalcedon (451) auch auf die andern Patriarchen übertragen, und dann auf jeden, welchem Metropoliten unterworfen waren[8]). Seit dem achten Jahrhunderte wurde in Gallien[9]) aber der Ausdruck Archiepiscopus den Metropoliten ſelbſt zu Theil, welche keinem Patriarchen unterworfen waren, und da für den Occident überhaupt durch die Ausbildung des römiſchen Primats dieß allgemeiner der Fall wurde, ſo erlangten alle Metropoliten den Titel Erzbiſchof, welcher nun ſelbſt als der üblichere gebraucht ward.

Zum Begriffe eines Metropoliten gehörte von jeher der Beſitz einer kirchlichen Provinz und die Inſpection über ſubjicirte Biſchöfe. Gewiſſermaßen als Primaten des zweiten Ranges wurden ſolche Metropoliten mit dem Namen Erzbiſchof beehrt. Bei der weiteren Entwickelung der kirchlichen Verhältniſſe wurden aber auch einzelne Biſchöfe von der Gewalt der Metropoliten befreit und ſelbſt mit Metropolitanrechten in ihrer Diöceſe begabt, worauf ihnen, ſelbſt wenn ſie keine Biſchöfe unter ihrer Aufſicht hatten, auch das Prädicat Erzbiſchof zufiel[10]).

Der Umfang der Metropolitan-Rechte war längere Zeit bedeutend, wurde aber nach und nach theils aus dem Beſtreben, den römiſchen Primat durch unmittelbare Verbindung mit den Biſchöfen zu erhöhen, wie dies namentlich den Pſeudo-Iſidoriſchen Decretalen zum Grunde liegt[11]), theils aber auch vermöge eigener Nachläſſigkeit und Verſchuldung der Metropoliten geſchmälert[12]). Vom Abhalten der Provinzialſynoden hing insbeſondere ein großer Theil ihrer Befugniſſe ab, welche nicht ausgeübt werden konnten, da die Convocation der Synoden unterblieb. Das rechtliche Verhältniß des Erzbiſchofs in der Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts lernen wir vollſtändig aus einer Würzburger Synode vom Jahre 1446 kennen[13]). So erhielt es ſich im Weſentlichen während des folgenden Jahrhunderts. Das Concil von Trient berührte auch die Stellung der

7) Athanasius Apologia II. Epiphanius advers. haeres. c. LXVIII.

8) S. Nov. 16. 42. 55. 57. s. a. — Isidor. (Anm. 4. cit. c. 1. §. 3. cit.): Archiepiscopus graeco dicitur vocabulo, quod sit summus episcoporum; tenet enim vicem apostolicam, et praesidet tam metropolitanis quam ceteris episcopis.

9) Thomassin l. c. P. I. lib. I. cap. XXX. nr. 5. cap. XXXI. nr. 3. lib. II. cap. LV.

10) Darüber, ob ſolche Erzbiſchöfe, denen keine Biſchöfe ſubjicirt ſind, als wirkliche oder nur Ehrenmetropoliten zu betrachten ſeien, ob alſo auch eine von ihnen gehaltene Synode das Prädicat: synodus provincialis verdiene, haben die Anſichten gewechſelt. Auf einer römiſchen Synode im Jahre 1725 wurde durch Franc. Maria Pitonius die negirende Meinung vertheidigt und angenommen. (S. Benedict XIV. de synodo dioecesana lib. II. cap. IV. §. III sq. §. IX.)

11) Knust, de fontibus et consilio Pseudo-Isidor. collectionis §. 20. Vgl. Eichhorn, Grundſätze des Kirchenrechtes, Bd. 1, S. 69, 70. Anm. u. S. 663, 664.

12) Thomassin l. c. P. I. lib. I. cap. XLVIII.

13) Bei Hochheim, Concilia Germaniae T. V. fol. 320. Vgl. Anm. 55.

Metropoliten wieder mehrfach, ohne daß aber die von demſelben getroffenen Anordnungen (ſ. unten) in der That verwirklicht worden ſind. Da indeſſen in der neuſten Zeit zum Theil untergegangene Erzbisthümer wieder hergeſtellt und neue gegründet worden, ſo bleibt das den Erzbiſchöfen zuſtehende Recht, ſelbſt wenn es für den Augenblick noch ruhen ſollte, doch von hoher Wichtigkeit und die Anwendung von der weiteren Entwickelung der kirchlichen Inſtitute, insbeſondere von der Erneuerung der Provinzialſynoden abhängig. Die neuſten Concordate und Umſchreibungs-Bullen beruhen übrigens auf den ſeit dem ſechzehnten Jahrhunderte hergebrachten Grundſätzen und haben die den Erzbiſchöfen entzogenen Gerechtſame nicht reſtituirt[14]).

Der Metropolit, welchem nicht blos die Ehre des Titels zu Theil geworden (ſ. Anm. 10), erſcheint in einer zweifachen Qualität: denn einerſeits iſt er Biſchof einer Diöceſe (Erzdiöceſe) und im Verhältniſſe zu dieſer wie ein gewöhnlicher Biſchof zu beurtheilen, andrerſeits aber iſt er wirklicher Erzbiſchof im Verhältniſſe zu den übrigen Biſchöfen der ihm zugetheilten Kirchenprovinz, inſoweit nicht Exemtionen[15]) beſtehen. Die Gründe zu ſolchen Exemtionen ſind meiſtens dieſelben, welche eine Befreiung von der biſchöflichen Gewalt veranlaßt haben[16]), doch treten dazu noch eigenthümliche, wegen des Urſprunges von Bisthümern in Gebieten, die bisher von der Inſpection des Metropoliten frei waren, oder auch zur Anerkennung beſonderer Verdienſte, wie umgekehrt zur Strafe gegen einen Erzbiſchof[17]). Uebrigens wird doch im Falle der Negligenz eines eximirten Biſchofs der nächſte Metropolit zum Einſchreiten berechtigt und die Exemten ſollen ſich den erzbiſchöflichen Provinzialſynoden nicht entziehen[18]).

Die Einrichtung und etwaige Veränderung der Metropolitanſprengel iſt, wie die Circumſcription der Bisthümer, eine gemiſchte Angelegenheit, welche vom Papſte nach Vereinbarung mit den betreffenden Staaten be-

14) M. vgl. z. B. wegen des Erzbiſchofs von Freiburg die Bulle Provida solersque vom 17. Sept. 1827: Archiepiscopus in sua dioecesi et provincia ecclesiastica, uti et Episcopi in propria quisque dioecesi, pleno iure episcopalem iurisdictionem exercebunt, quae iuxta canones nunc vigentes et praesentem ecclesiae disciplinam eisdem competit. S. auch Longner, Darſtellung der Rechtsverhältniſſe der Biſchöfe in der oberrheiniſchen Kirchenprovinz (Tübingen 1840, 8.), S. 144 flg.

15) S. v. Droſte-Hülshoff, Grundſätze des gemeinen Kirchenrechts, Bd. II, Abth. I, §. 145. Eichhorn a. a. O. S. 674.

16) Darüber vgl. man den Art. Bisthum, Bd. II, S. 235 flg.

17) So droht Eugen IV. dem Erzbiſchofe von Riga mit der Entziehung ſeiner Metropolitanrechte über das Bisthum Culm, wenn er das Basler Concil beſuchen oder anerkennen würde, im Jahre 1441. (S. Wald, de confirmatione episcoporum in ditionibus ordinis Teutonici septentrionalibus, Regimontii 1819. 4. Docum. nr. III. pag. 11—13.) Beiſpiele anderer Exemtionsbewilligungen für die Diöceſen Ermland, Oeſel u. a. ſ. m. bei Jacobſon, die Metropolitanverbindung Rigas mit den Bisthümern Preußens, in Illgen, Zeitſchrift für die hiſtoriſche Theologie, Bd. VI. und Bd. VIII. Desgleichen wegen Paſſau Pfeffinger, Vitriarius illustrat. I. 1164. cit. bei v. Droſte-Hülshoff a. a. O.

18) Conc. Trident. sess. XXIV. cap. 2. de reform.

wirkt werden muß. Ein Zuſammenfallen der politiſchen und kirchlichen Grenzen iſt wegen des bedeutenderen Umfanges der Erzbisthümer [19]) nicht ſo leicht herbeizuführen. Auch waren von jeher die bürgerlichen und kirchlichen Metropolen nicht immer dieſelben, indem Veränderungen auf einer oder der anderen Seite nicht eine Nachfolge reſp. des Staates oder der Kirche veranlaßten.

Die Rechte der Erzbiſchöfe beziehen ſich theils auf den ordo, theils auf die Jurisdiction, theils auf die äußere Ehre. Wir betrachten dieſelben im Einzelnen, mit Rückſicht auf den geſchichtlichen Verlauf derſelben.

I. Jura ordinis.

Der Erzbiſchof iſt ein Biſchof. Da aber der ordo episcopi der höchſte iſt, ſo können ihm beſondere jura ordinis nicht zuſtehen: denn die ihm früher gebührende Conſecration der Biſchöfe (ſ. unten) war mehr ein Ausfluß ſeiner Jurisdiction.

II. Jura jurisdictionis.

Die dem Erzbiſchofe competirenden Jurisdictionsrechte pflegt man in ſolche einzutheilen, die er nur in Gemeinſchaft mit den ihm ſubjicirten Biſchöfen, alſo insbeſondere auf einer Provinzialſynode, auszuüben befugt iſt (jura communia), und in ſolche, deren Handhabung ihm ſelbſtſtändig überlaſſen iſt (jura reservata). Jene ruhen zum Theil factiſch, zum Theil ſind ſie aber den Erzbiſchöfen gänzlich entzogen, dieſe ſind bedeutend geſchmälert. Ein Hauptrecht des Erzbiſchofs iſt 1) die Berufung der Provinzialſynoden, das Präſidium auf denſelben und die Publication ihrer Schlüſſe. Urſprünglich wurde geſetzlich jährlich zweimal, ſpäter einmal eine Provinzialſynode gehalten [21]). Schon ſeit dem dreizehnten Jahrhunderte geſchah dies ſelten [22]), und man hielt eine dreijährige Synode für genügend, wie das Concil von Baſel bereits anordnete [23]), der Cardinal Campegius in der Reformationsordnung 1524 wieder einſchränkte [24]) und das Concil von Trient allgemein erneuerte [25]). Deſſen ungeachtet ſind die Provinzialſynoden auch ſeitdem nicht regelmäßig und ſeit dem vorigen Jahrhunderte faſt gar nicht mehr gehalten worden. In der neueſten Zeit ſind aber eindringliche Wünſche deshalb geäußert worden [26]) und dies mit um ſo größerem Rechte, als manche An=

19) S. oben Art. Bisthum, Bd. II, S. 234. — Wegen der jetzt beſtehenden Erzbisthümer ſ. m. die daſelbſt Anm. 15) cit. Lit.

20) Beiſpiele bei Jo. Frid. Mayer (praes. Jo. Jac. Mascov.), diss. de primatibus, metropolitanis et reliquis episcopis ecclesiae Germanicae ed. III. (Lipsiae 1741. 4.) §. VII.

21) c. 3. 4. 6. dist. XVIII. (Conc. Nicaen. a. 325. Antioch. 332. Chalced. 451.) verb. c. 8. dist. XCII. (Conc. Antioch. a. 332.) — c. 7. eod. (Conc. Nic. II. a. 787.) c. 25. X. de accusationibus. (5. 1.) (Innoc. III. in Concil. Lateran. a. 1215.)

22) Vgl. meine Anm. 17) cit. Abhandlung bei Illgen, Bd. VI, Anm. 45 flg.

23) Sess. XV. vom 26. November 1433.

24) Cap. XXVI. bei Hartzheim, Concilia Germaniae Tom. VI. fol. 203.

25) Sess. XXIV. cap. 2. de ref.

26) M. ſ. vom J. 1837 und 1840 die Verhandlung mit dem Erzbiſchofe

gelegenheiten geſetzlich nach gemeinſamer Berathung erledigt werden ſollen[27]. — Zur Synode ſind die dem Metropoliten untergebenen Biſchöfe zu erſcheinen verpflichtet[28], und heißen mit Beziehung darauf suffraganei (Suffraganbiſchöfe), „quia suffragantur Archiepiscopo in officio episcopali, puta in consecrando alios episcopos, celebrando concilia etc.“ Hiermit hängt zuſammen

2) das Recht des Erzbiſchofs die Provinz zu viſitiren. Die Viſitation ſollte eigentlich jährlich erfolgen, ſtets aber mit der eigenen Diöceſe der Anfang gemacht werden[29]. Auf dem Concil von Trient kam die Angelegenheit zur Sprache und es ward hier die Anſicht vertheidigt, daß, da die Erzbiſchöfe ſich nur im Namen, nicht eigentlich in der Autorität von den Biſchöfen unterſchieden, in der Handhabung der Viſitation aber die Autorität des Erzbiſchofes zur Vollziehung komme, eine Viſitation immer erſt auf einer Provinzialſynode beſchloſſen werden müſſe[30]. Das Concil decretirte daher: „a Metropolitanis, etiam post plene visitatam propriam Dioecesim, non visitentur Cathedrales ecclesiae, neque Dioeceses suorum comprovincialium, nisi causâ cognitâ et probatâ in Concilio provinciali“[31]. Schon auf dem Concil ſelbſt erklärten die Metropoliten, daß dieſe Verordnung eigentlich jede Viſitation unmöglich mache, da der einzige der Provinzialſynode präſidirende Erzbiſchof wohl immer von der Geſammtheit der Biſchöfe überſtimmt werden würde. Da überdieß die Provinzialſynoden jetzt nicht gehalten werden, ſo ruht dieſes Recht um ſo mehr. Indeſſen ſind doch die einzelnen Diöceſan-Biſchöfe ſelbſt zur regelmäßigen Viſitation verpflichtet. Der Erzbiſchof kann daher im Fall der Negligenz, zumal wenn das Biſthum erledigt iſt, für die Viſitation ſorgen[32]. Ueberhaupt kann aber dem Erzbiſchofe nicht abgeſprochen werden

3) das Recht einer allgemeinen Aufſicht über die Provinz und dem entſprechend die Sorge für Erledigung der Bedürfniſſe der Diöceſen, inſofern dieß nicht anderweitig geſchieht. — a) Es lag dem Erzbiſchofe früher ob, die Wiederbeſetzung erledigter Biſthümer bewirken zu helfen[33], den neugewählten Biſchof zu confirmiren und zu conſecri-

---

von Freiburg bei Rheinwald, Acta historico-ecclesiastica, Jahrg. 1837, S. 308—314 und in der Allg. Kirchenzeit. 1840, Nr. 114.

27) M. ſ. z. B. Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 18. de ref. sess. XXV. cap. ult. de ref.

28) c. 10. Can. III. qu. VI. (Nicol. I. a. 865.) Vgl. c. 12 sq. dist. XVIII. — Conc. Trid. l. c. S. auch Anm. 18).

29) c. 14. X. de censibus. (3. 39.) (Lucius III. a. 1181.) c. 1. eod. in VI. (3. 20.) (Innoc. IV. a. 1252.) c. 13. §. 7. X. de haereticis. (5. 7.) (Innoc. III. a. 1216.)

30) Sarpi, historia Conc. Tridentini lib. VIII. pag. 889. (ed. 1622. 4.)

31) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 3. de ref. M. vgl. die verſuchte Rechtfertigung dieſer Beſtimmung bei Thomassin l. c. cap. XLVIII. §. XIII.

32) c. 4. de negligentia praelatorum in VI. (1. 8.) (Bonifacius VIII.)

33) Conc. Nic. c. 4. 6. a. 325. (c. 7. 8. dist. LXIV.) Conc. Laodic. c. 12. a. 347—381. (?) (c. 6. dist. LXI.) c. 36. dist. LXIII. (Leo I. a. 446.) Vgl. auch c. 19. Conc. Antioch. 332. (c. 2. 3. dist. LXV.)

ren[34]), ſo wie von demſelben ſich den Metropolitaneid leiſten zu laſſen[35]). Dieſe Verpflichtungen und reſp. Befugniſſe ſind meiſt Reſervatrechte der Päpſte geworden[36]), und den Erzbiſchöfen iſt nur das Recht geblieben, für den Fall der Erledigung einer biſchöflichen Stelle einen General-Vicarius und Oeconomen zu beſtellen, wenn das Capitel nicht ſeiner Obliegenheit nachkommt, innerhalb acht Tagen die Verwaltung zu reguliren[37]). b) Iſt die Diöceſe beſetzt, ſo ſoll der Erzbiſchof darüber wachen, daß ſie regelmäßig verwaltet werde. Jede Amts- und Pflichtwidrigkeit der Suffraganen ſoll er rügen. — Früher ertheilte er den Biſchöfen, welche verreiſen wollten, die erforderlichen literae formatae[38]), jetzt ſoll er darauf ſehen, daß Reſidenz gehalten werde, die Gründe der Abweſenheit des Biſchofs prüfen und beſcheinigen, und wenn die Abweſenheit über ein Jahr dauert, davon dem apoſtoliſchen Stuhle Anzeige machen[39]). — Er ſoll ſeine Aufmerkſamkeit auf die einzelnen geiſtlichen Inſtitute der Diöceſen richten, beſonders auf die Errichtung der Seminare[40]), darauf achten, daß die geiſtlichen Stellen zur Zeit beſetzt werden und im Falle der Nachläſſigkeit der Berechtigten, ſelbſt die Proviſion bewirken (jure devolutionis)[41]). — In allen wichtigen Angelegenheiten kann der Erzbiſchof von den Suffraganen Bericht fordern; früher mußten ſelbſt nach der Obſervanz die Biſchöfe jährlich den Metropoliten beſuchen, um mit ihm das Nöthige zu verabreden[42]), was aber das Concil von Trient abgeſchafft hat[43]).

4) Ein beſonderes Geſetzgebungsrecht für die Provinz kann dem Erzbiſchofe nicht beigelegt werden. Von Bedeutung war früher die von der Provinzialſynode ausgehende Legislation, deren Beobachtung in

34) c. 1. dist. LXII. (Leo I. a. 458.) c. 21. X. de electione. (1. 6.) (Innoc. III. a. 1200.) c. 28. §. 1. X. eod. (idem a. 1202.) c. 44. eod. (idem in Conc. Lateran. a. 1215.)

35) c. 13. X. de maioritate et obedientia. (1. 33.) (Gregor. IX. a. 1227.) Vgl. die oben Anm. 17) cit. Abhandlung bei Illgen, Bd. VI, Anm. 83 flg.

36) Allgemeiner erſt ſeit dem Ende des funfzehnten Jahrhunderts. Im Wiener Concordat von 1448, ſo wie in den Fürſtenconcordaten, heißt es noch: Quod confirmati ut per nos (Papam) provisi Metropolitanis suis et aliis praestent debita iuramenta et alia, quae de iure tenentur. — Einzelne Ausnahmen zu Gunſten der Erzbiſchöfe haben ſich aber bis in die neueſte Zeit erhalten, wie für den Erzbiſchof von Salzburg. S. den Art. Biſchof, Bd. II, S. 219.

37) Vgl. c. 16. 19. dist. LXI. (Gregor I. a. 595. 603.) — c. 3. Cau. IX. qu. II. (Conc. Nic. II. a. 787.) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 16. de reform.

38) Concil. Cath. III. a. 397. c. 28.

39) Conc. Trid. sess. VI. cap. I. sess. XXIII. cap. 1. de reform.

40) Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 18. de reform.

41) c. 2. in fin. X. de concess. praebenda. (3. 8.) Concil. Lateran. a. 1179.) c. 3. X. de supplenda negligentia praelatorum. (1. 10.) (Innoc. III.)

42) S. Thomassin l. c. cap. XLVIII. nr. 12.

43) Sess. XXIV. cap. 2. de ref.: Nec Episcopi comprovinciales praetextu cuiuslibet consuetudinis ad Metropolitanam ecclesiam accedere in posterum inviti compellantur.

den einzelnen Diöceſen erfolgen mußte[44]). Zum Erlaſſe von Hirtenbrieſen, welche die beſtehende Disciplin einſchärfen können, iſt der Metropolit natürlich berechtigt. Weſentliche Veränderungen ſollen aber ſelbſt von der Provinzialſynode nicht ohne Zuziehung des Papſtes bewirkt werden[45]).

5) Anſpruch auf beſtimmte Abgaben der Suffraganen hat der Erzbiſchof nicht. Eine Nothſteuer (subsidium caritativum), welche der Erzbiſchof mit Genehmigung des Papſtes[46]) oder nach Beſchluß der Provinzialſynode[47]) ausſchrieb, würde jetzt immer von der Erlaubniß des Staates abhängen. Das wichtigſte Recht bleibt noch immer

6) die erzbiſchöfliche Gerichtsbarkeit. Die Biſchöfe ſind dem Erzbiſchofe „Metropolitana lege subjecti“[48]) und hiernach erſcheint dieſer gewiſſermaßen als ordinarius der Suffraganen. Eine förmliche und vollſtändige Jurisdiction hat er aber darum nicht. Schon nach älterem Rechte durften Beſchwerden über einen Biſchof an ihn gebracht und von ihm erledigt werden[49]) und dieß muß auch jetzt noch als beſtehend anerkannt werden. Wirkliche Criminalfälle ſollten an die Provinzialſynode gelangen. Schon ſeit Pſeudo-Iſidor kam es aber zu Beſchränkungen[50]), indem die Päpſte ſich die gröberen Fälle als causae majores reſervirten, causae minores der Provinzialſynode belieſſen. Die Befugniß, Cenſuren gegen die Biſchöfe zu erkennen, verblieb dem Metropoliten[51]); doch ſoll er dieſelben in Perſon und nicht durch ſeinen Vicarius ausſprechen. Das Speciellere wegen der Criminalgerichtsbarkeit beſtimmte das Concil von Trient. Causae graviores ſoll nur der Papſt beurtheilen; erfordert aber die Sache eine Verhandlung außerhalb der Curie, ſo wird dem Metropoliten eine Special-Vollmacht zur Inſtruction der Angelegenheit ertheilt, die Sentenz jedoch dem Papſt vorbehalten. Causae minores reſſortiren von der Provinzialſynode oder einer von derſelben ernannten Deputation[52]). In Civilſachen der Biſchöfe bildet der Erzbiſchof ſelbſtſtändig die erſte Inſtanz, in Civilſachen anderer Perſonen geht an ihn die Appellation[53]). Dies iſt auch in den Grenzen der kirchlichen Cognition

44) Conc. Tolet. XVI. c. 9. a. 691. (c. 17. dist. XVIII.)

45) Conc. Trident. sess. XXV. cap. ult. de ref.

46) Dieß geſchah z. B. 14. Juli 1482 für Preußen. S. Dogiel, Codex diplom. T. V. nr. LXXXVII.

47) M. vgl. c. 1425 vom Erzbiſchof von Gneſen. Jacobſon, Geſch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, Th. I, Bd. I, Anhang, Nr. I.

48) c. 11. pr. X. de officio iudicis ord. (1. 31.) (Innocent. III. a. 1204.)

49) c. 20. Conc. Toletan. III. a. 589. (c. 6. Cau. X. qu. III.)

50) c. 1. Cau. IV. qu. V. c. 4—7. Cau. IX. qu. III. (Ps. Is.)

51) c. 52. X. de sententia excom. (5. 39.) (Honor. III. a. 1225.) c. 1. de officio vicarii in VI. (1. 13.) (Innoc. IV. a. 1250.). c. 1. §. 1. de officio ordinarii in VI. (1. 16.) (Innoc. IV. in concil. Leyden a. 1245.)

52) Conc. Trid. sess. XIII. cap. 6. 8. sess. XXIV. cap. 5. de ref. — sess. VI. cap. 1. sess. XXIII. cap. 11. de ref. — sess. XXIV. cap. 8. de ref.

53) c. 15. dist. XVIII. (Conc. Antioch. a. 332.) c. 35. C. II. qu. VI. (Conc. Milesitan. c. a. 416.) c. 1. de off. ord. in VI. (1. 76.) c. 3.

jetzt von Seiten des Staates anerkannt geblieben[54]). — Wenn gleich Ordinarius der Biſchöfe, iſt der Metropolit darum nicht zugleich Ordinarius der Diöceſanen, außer in ſeiner eigenen Erzdiöceſe. Daher fehlt ihm auch im Allgemeinen die Befugniß, Angelegenheiten der Untergebenen der Biſchöfe zu entſcheiden. Innocenz III. äußerte darüber im Jahre 1204: Archiepiscopus in suffraganei subditum exceptis quibusdam articulis nullam habet potestatem[55]). Dieſe Fälle zählt die Gloſſe[56]) auf: „Cum deviatur in divinis officiis a consuetudine metropolitanae ecclesiae; si deliquit in ejus dioecesi; si habet praedium in dioecesi sua; si causa deferatur ad eum per appellationem; cum absolutus ab archiepiscopo non vult parere episcopo; si criminalis causa est inter episcopum et clericum suum; si clericus habet civilem causam contra episcopum u. a.“

7) Einige ſpecielle Rechte ſind jetzt nicht mehr in Gebrauch, wie die früher vom Erzbiſchofe ausgehende Anordnung der gleichzeitigen Oſterfeier[57]), das Recht zur Ertheilung von Abläſſen für die Provinz[58]), was jetzt von beſonderer päpſtlicher Erlaubniß abhängt u. a. m.

III. Jura status et dignitatis.

Die Ehren= und Staatsrechte der Metropoliten ſind nach und nach erworben und eher erhöht, als vermindert worden. Dazu gehört:

1) die hohe Stellung in der Hierarchie der Jurisdiction. Früher war das Prädicat: Erzbiſchof nur den Patriarchen eigenthümlich (ſ. oben Anm. 7) flg.), ſpäter erhielten es alle Metropoliten. Die Erzbiſchöfe folgten daher in der Hierarchie unmittelbar auf die Primaten[59]) und gingen den Cardinälen, welche bis zum vierzehnten Jahrhunderte nur von der Qualität ihres Amtes ihre Würde entlehnten[60]), im Allgemeinen vor[61]). Seitdem nehmen die Erzbiſchöfe aber die nächſte Stelle nach den Cardinälen ein und haben den Vorrang vor den Provinzialbiſchöfen überhaupt. — Das Rangverhältniß der Metropoliten unter einander beruht in der Hauptſache auf der Zeit der Ordination und iſt darnach in Fällen

---

de appellat. in VI. (2. 15.) (Innoc. IV.) u. v. a. ſ. auch Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 20. de ref.

54) Die ſpeciellere Ausführung ſ. m. im Art. Geiſtliche Gerichtsbarkeit.

55) c. 11. X. de off. ind. ord. (1. 31.)

56) Die Gloſſe iſt hierbei die Quelle für die Entſcheidung der oben Anm. 13) cit. Würzburger Synode.

57) c. 24. sq. dist. III. de consecr. Vgl. Binterim a. a. O. S. 280. 281.

58) c. 15. X. de poenitent. et remissionibus. (5. 38.) (Honor. III. a. 1220.) c. 1. eod. in VI. (5. 10.) (Innoc. IV. a. 1245.)

59) Vgl. c. 1. 2. Can. IX. qu. III.

60) S. den Art. Cardinäle, Bd. II, S. 568. Vgl. Eichhorn, Grundſätze des Kirchenrechtes, Bd. I, S. 599. Ueber das Verhältniß zu den päpſtlichen Nuntien iſt oft geſtritten worden. M. vgl. Legatio apostolica Petri Aloysii Carafae ed. Ginzel. (Wirceburgi 1840. 8.) pag. 88. 89. 100. 101.

61) S. z. B. J. H. Böhmer zum cap. 4. X. de crimine falsi. (5. 20.) Note 7. (Corp. iur. can. T. II. pag. 782.)

des Streites öfter beurtheilt worden [62]). Das Verhältniß der drei geiſtlichen Churfürſten und Erzbiſchöfe in Deutſchland war durch beſondere Geſetze geregelt [63]).

2) Die politiſche Stellung der Erzbiſchöfe wurde früher und bis zur Auflöſung des deutſchen Reichs durch ihre landesherrlichen Rechte beſtimmt. Seitdem entſcheiden die partikulären Verordnungen der einzelnen Territorien. In Baden hat der Erzbiſchof die erſte Rangclaſſe unmittelbar nach den Staatsminiſtern [64]), in Oeſterreich gebührt ihm der erſte Platz in den Ständeverſammlungen u. ſ. w. [65]).

3) Den Erzbiſchöfen gebühren demnächſt auch beſondere Titel. Das Prädicat: von Gottes und des päpſtlichen Stuhles Gnaden, ſo weit es üblich iſt, theilen ſie mit den Biſchöfen [66]). Gewiſſe Titel, wie Patriarch, Primas, Fürſt u. ſ. w., ſind einzelnen Metropoliten eigenthümlich [67]). Den Titel Eminenz verlieh Urban VIII. den drei geiſtlichen Churfürſten [68]). Dem Erzbiſchofe von Freiburg iſt das Prädicat Excellenz beigelegt. Er ſoll angeredet werden: Hochwürdigſter Herr Erzbiſchof, Erzbiſchöfl. Excellenz [69]). In Preußen erhalten die Erzbiſchöfe den Titel: Erzbiſchöfliche Gnaden [70]) u. a. m. — Eine beſondere kirchliche Auszeichnung iſt

4) die Ehre des Kreuzes (crux gestatoria) [71]). Der alte Gebrauch, bei Prozeſſionen ein Kreuz vortragen zu laſſen, wurde beſonders von den römiſchen Biſchöfen auch unabhängig von förmlichen Prozeſſionen beibehalten, und ging dann auf die apoſtoliſchen Legaten, die Patriarchen und Primaten, ſo wie auf die Erzbiſchöfe über. Einzelne Metropoliten erhielten das Recht als ein beſonderes Privilegium ſeit dem eilften Jahrhunderte [72]). Allgemeiner wurde es ſeit dem dreizehnten Jahrhunderte und auf dem Concil zu Vienne 1311 von Clemens V. allen Erzbiſchöfen überhaupt verliehen [73]); und zwar in der ganzen Provinz

---

62) Vgl. Hincmar, Rhemens. epist. XLIV. cap. 16. Flodoardus, historia Rhemensis lib. III. cap. 13. 20.

63) S. goldene Bulle Carls IV., Tit. III, §. 2. Tit. XXIII, §. 1, 2 u. a.

64) Verordn. v. 2. März 1837 bei Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Bd. II, S. 755.

65) S. Helfert a. a. O. §. 16, S. 35.

66) S. die ſpecielle Ausführung über dieſen Titel im Art. Biſchof, Bd. II, S. 228, Anm. 95.

67) Benedict, de synodo dioecesana lib. II. cap. IV. §. VI. VII. — Helfert a. a. O. S. 36 (daraus der wörtliche Abdruck bei Andr. Müller a. a. O. S. 754).

68) v. Droſte-Hülshoff a. a. O. §. 143, Anm. 673.

69) S. die Anm. 64) cit. Verord.

70) Miniſterial-Reſcript vom 12. April 1832. (v. Kamptz, Jahrbücher für die preuß. Geſetzgebung, Hft. LXXVIII, S. 415.)

71) S. Thomassin, lib. II. cap. LVIII. nr. VI. cap. LIX. Benedict XIV., de synodo dioecesana lib. II. cap. VI. nr. II. Binterim a. a. O. S. 307 flg.

72) Beiſpiele in den in den vor. Anm. cit. Schriften. Vgl. auch c. 1. X. ut lite pendente. (2. 16.) (Alex. III. a. 1170.)

73) Clem. II. de privilegiis. (5. 7.)

auch an exemten Orten die Anwendung erlaubt. Nur bei Anweſenheit eines apoſtoliſchen Legatus a latere und um ſo mehr des Papſtes ſelbſt ſoll der Gebrauch unterbleiben[74]). Dieß muß auch jetzt noch als beſtehendes Recht anerkannt werden: denn, wenn Kanoniſten, geſtützt auf die Vorſchrift des Concils von Trient[75]), daß in einer anderen Diöceſe Niemand ohne Erlaubniß des Biſchofs Pontificalien verrichten, namentlich nicht ordiniren ſolle, fordern, daß der Erzbiſchof in einer exemten Diöceſe nur mit Conſenſe des Biſchofs ſich das Kreuz dürfe vortragen laſſen[76]), weil man das öffentliche Auftreten als Erzbiſchof zu den Pontificalibus rechnen muß, ſo ſcheint dieß nicht gebilligt werden zu können, weil das Weſen der Pontificalien in der wirklichen Vollziehung einer Handlung vermöge des ordo beſteht[77]). Ueberdieß enthält das tridentin. Concil in jener Verordnung nichts Neues, ſondern beſtätigt nur eine ganz alte Vorſchrift, mit welcher die Verordnung von 1311 ſchon vereinbar ſein mußte. — Das Recht des Kreuzes haben übrigens in Verbindung mit dem Pallium auch mitunter einfache Biſchöfe vermöge ſpecieller Verleihung[78]). Bedeutungsvoller iſt aber

5) das Recht des Pallii ſelbſt[79]). Pallium iſt ein drei bis vier Finger breiter weißer wollener Kragen, an beiden Enden um einige Zoll verlängert. Darauf ſind ſechs Kreuze von ſchwarzſeidenem Zeuge genäht. Es wird als geiſtlicher Schmuck ſo getragen, daß die beiden Enden über Bruſt und Schultern herabhängen[80]). Der Urſprung deſſelben iſt ſehr beſtritten. Manche leiten denſelben von dem Stirnbande des jüdiſchen Hohenprieſters, oder dem hohenprieſterlichen Mantel (Mahil) ab[81]), Andere erklären das Pallium für einen Mantel, welcher im Oriente einen Theil der kaiſerlichen Kleidung bildete[82]). Sicher iſt die Entſtehung nicht nachzuweiſen. Daß aber das Pallium ein Mantel geweſen, welcher

---

74) Vgl. c. 23. X. de privilegiis. (5. 33.) (Innoc. III. a. 1216).

75) Sess. VI. cap. 5. de ref.

76) v. Droſte-Hülshoff a. a. O. §. 143, Anm. 671.

77) Auch Helfert a. a. O. S. 34 findet in der Vortragung des Kreuzes keine Pontificalhandlung.

78) S. Bd. II, S. 229, Anm. 102. Vgl. Benedict XIV., de synodo dioecesana lib. XIII. cap. XV. nr. X u. XX. Getrennt vom Pallium erhielt dieſe Ehre durch Benedict XIV. der Biſchof von Eichſtädt.

79) S. dist. C. Tit. X. de auctoritate et usu pallii. (1. 8.) Verb. Extrav. Comm. I, V. — Thomassin l. c. R. I. lib. II. cap. XLV. nr. VIII—X. XVIII. cap. LIII—LVII. Benedict XIV., de synodo dioec. lib. XIII. cap. XV. nr. VII. sq. Binterim a. a. O. — J. G. Pertsch, de origine, usu et auctoritate pallii archiepiscopalis. Helmstad. 1754. 4. Calcagni, de pallio. Venetiis 1820.

80) So iſt das Pallium beſchaffen, deſſen ſich der Biſchof von Ermland bedient. Nach der Beſchreibung, welche Andere davon machen (z. B. Barthel, de pallio. Herbipol. 1753. 4., ſ. die Stelle bei Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 672, Anm. 9. Binterim a. a. O. S. 303 u. 304 u. A.), ſollen die Kreuze roth und ſchwarz, auch eingewirkt ſein.

81) S. Gonzalez Tellez ad cap. 1. X. h. t. nr. 7. Binterim a. a. O. S. 291.

82) So Petr. de Marca, de concordia sacerdotii et imperii lib. VI. cap. 6., welchem Barthel u. v. A. folgen.

im Laufe der Zeit verkürzt worden, kann mit Grund nicht behauptet werden. In der Zeit, in welcher daſſelbe zuerſt erwähnt wird, erſcheint es bereits in der verkürzten Form[83]). Es findet ſich zuerſt im vierten Jahrhunderte bei den Biſchöfen im Oriente, unter dem Namen ὠμοφόριον, beſtehend aus Wolle, nicht aus Leinen und das Lamm bezeichnend, welches der Herr ſuchte und auf ſeinen Schultern trug, zur Mahnung für die Biſchöfe, Chriſti Nachfolger zu ſein[84]). Im Occidente iſt die erſte urkundliche Nachricht aus dem Anfange des ſechſten Jahrhunderts, indem im Jahre 504 der römiſche Biſchof Symmachus dem Erzbiſchofe Theodor von Ungarn und Lorch das Pallium überſchickte, zum Schmuck des prieſterlichen Amtes und zur Bezeugung der Einheit mit dem Apoſtel Petrus begehrt, und ertheilt zum Zeugniß, daß Theodor Erzbiſchof ſei und ſeine Kirche eine erzbiſchöfliche[85]). Seitdem findet es ſich öfter erwähnt, und zwar unter Vigilius und Gregor I. mit der Einwilligung des Kaiſers, wovon aber der Grund wohl in den Zeitumſtänden geſucht werden darf[86]). Eine feſte Theorie bildete ſich übrigens erſt allmälig und wurde beſonders durch Bonifacius befördert, indem derſelbe auf einer Synode zu Mainz im J. 742 den Beſchluß veranlaßte, daß die fränkiſchen Metropolite ſich ſtets von Rom das Pallium erbitten ſollten[87]). Darauf machten die römiſchen Biſchöfe es zum Princip, daß jeder Erzbiſchof zur Anerkennung ſeiner Stelle des Pallii von Rom bedürfe, wie Johannes VII. im Jahre 877 auf dem Concil zu Ravenna erklärte[88]). Auch wurde nun der Grundſatz feſtgeſtellt, daß nur der römiſche Stuhl das Pallium zu ertheilen die Macht habe. Seitdem iſt in der Hauptſache nichts verändert worden und es ſind daher die einzelnen Beſtimmungen ſelbſt auseinanderzuſetzen.

Die Verfertigung des Pallii erfolgt nach ſehr genauen Anordnungen unter Leitung von fünf damit beauftragten päpſtlichen Subdiaconen. Am 21. Januar, als dem Tage der heiligen Agnes, werden zwei weiße Lämmer in zwei Körben, die von einem Pferde getragen werden, zum Vatican geführt und aus dem Fenſter deſſelben auf die Straße hinab vom Papſte geſegnet. Dann werden ſie in die Agneskirche ſelbſt gebracht und während des Hochamtes beim Agnus Dei von den Geiſtlichen der Kirche auf den Altar geſetzt und conſecrirt. Sie werden dann auf eigener Weide gepflegt, geſchoren und die Wolle, jedoch mit anderer vermiſcht, weil ſie ſonſt nicht genügen würde, von Kloſterjungfrauen geſponnen und daraus

83) M. vgl. **Jacob. Gothofredus** ad c. 1. C. Th. de habitu, quo uti oportet intra Urbem. (14. 10.) ed. Ritter. Tom. V. fol. 236.

84) Isidorus Pelusiota († c. 440) lib. I. epist. 136.

85) Bei **Mansi**, Coll. Conc. T. VIII. fol. 228. Vgl. **Fejer**, Codex diplomaticus Hungariae. (Ofen 1829.) ad a. 504.

86) **Pertsch** l. c. pag. 196 sq. Vgl. **Gieſeler**, Lehrbuch der Kirchengeſch. Bd. 1, §. 115, Note ll.

87) Decrevimus in nostro synodali conventu... Metropolitanos pallia ab illa sede quaerere et per omnia praecepta Petri canonice sequi desiderare etc. (Epist. CV. ed. Serrarii. **Hartzheim**, Conc. Germaniae T. I. fol. 67. 68.)

88) c. 1. dist. C.

die Pallien ſelbſt gearbeitet. Dieſe ſelbſt werden nun am Vorabende der Apoſtel Petri und Pauli nach gehaltener Vesper in der Kirche des Vaticans mit Weihwaſſer und durch Anräucherung geweiht, und eine Nacht auf den Altar gelegt, der über dem Grabe des heil. Petrus erbaut iſt, woher das Pallium ein ornamentum de corpore S. Petri sumtum genannt wird[89]). Bis zur Verſendung an die Metropoliten werden ſie nun in einer Kapſel über der Cathedra, auf welcher Petrus zuerſt gelehrt haben ſoll, aufbewahrt.

Nach dem jetzigen Rechte hat nur der Papſt die Befugniß, das Pallium zu verleihen[90]). Jeder Erzbiſchof bedarf deſſelben: denn es hängt davon die Fülle ſeines Rechtes und ſelbſt das erzbiſchöfliche Prädicat ab; denn Innocenz III. erklärte im Jahre 1200: non deberet archiepiscopum se appellare, priusquam a nobis pallium suscepisset, in quo pontificalis officii plenitudo cum archiepiscopalis nominis appellatione confertur[91]). Es ſoll daher innerhalb dreier Monate nach erhaltener Confirmation instanter, instantius, instantissime nachgeſucht werden[92]) und zwar in Perſon oder durch einen Specialbevollmächtigten. Beim Empfange, der gewöhnlich mit der Conſecration jetzt verbunden iſt, und nach der im Pontificale Romanum im Titel de pallio vorgeſchriebenen Solennität erfolgt, iſt zugleich dem Papſte der Subjectionseid zu leiſten[93]). Innocenz III. erinnerte im Jahre 1202: Non licet archiepiscopo sine pallio convocare concilium, conficere chrisma, dedicare basilicas, ordinare clericos et episcopos consecrare... clericos ordinare, quum id non tanquam simplex episcopus, sed tanquam archiepiscopus facere videatur[94]). Mit Ausnahme der Berufung der Synode ſind dieſes ſämmtlich Pontificalien, als Ausfluß des ordo, und es rechtfertigt ſich daher die Behauptung, daß, mit der erwähnten Ausnahme, der confirmirte Erzbiſchof, auch ehe er das Pallium erhalten hat, ſeine Jurisdiction vollziehen darf[95]). Demgemäß kann er auch den Suffraganen ſchon dann den Auftrag zur Conſecration ertheilen[96]). — Das Pallium ſoll eigentlich unentgeldlich ertheilt wer-

---

89) So in den Verleihungsurkunden. Vgl. auch c. 4. X. de electione. (1. 6.)

90) c. 23. X. de privilegiis. (5. 33.) (Innoc. III. in Con. Lateran. a. 1216.)

91) c. 3. X. h. t. (1. 8.) Vgl. c. 28. §. 1. X. de electione. (1. 6.) (Innoc. III. a. 1202.)

92) c. 1. dist. C. (Johann. VIII. a. 877.) Verb. Extrav. un lit. (1. 4.) (Joann. XXII. a. 1318.)

93) c. 4. dist. C. c. 4. X. de electione. (1. 6.)

94) c. 28. §. 1. X. de electione. (Anm. 87.)

95) Vgl. argum. c. 15. X. de electione. (1. 6.) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 672. Dagegen Walter, Kirchenrecht §. 149, Anm. i.

96) c. 11. X. de electione. (1. 6.) Walter a. a. O. betrachtet dieſe Vorſchrift als einen ſingulären Fall, während derſelbe in der That ſich als Folge des ganzen Princips zeigt. Das in der vorigen Anm. cit. c. 15. X. 1. 6. ſpricht allerdings zunächſt von einem Biſchofe, das Argument der Stelle auf den Erzbiſchof erſcheint aber unbedenklich.

den[97]); doch wurden die von Gregor I. verbotenen Gebühren (Anm. 97)) ſpäter wieder üblich, auf der Synode zu Baſel zwar aufgehoben[98]), aber in Folge des Wiener Concordats, welches die Sache ſtillſchweigend übergeht, wieder eingeführt. Die Entrichtung der Palliengelder wurde nun zu einer drückenden Abgabe[99]), welche durch Mitwirkung der dazu wohl berechtigten Staaten[100]) jedoch in der neueren Zeit zu einer verhältnißmäßigen[101]) Taxe herabgeſetzt iſt. — Der Gebrauch des Pallii iſt übrigens ein beſchränkter, und beruht im Einzelnen auf der beſonderen Verleihungsurkunde. Regelmäßig darf es nur in der Provinz, bei Verrichtung der Pontificalien an beſtimmten Tagen getragen werden[102]), nämlich: am Weihnachtstage, am Feſte des heil. Stephanus, des heil. Johannes des Evangeliſten, auf Neujahr, Erſcheinung des Herrn, Palmſonntag, am grünen Donnerſtage, am Char-Sonnabende, den drei Oſterfeſttagen, Sonntag nach Oſtern, Himmelfahrt, Frohnleichnam, Geburt Johannis des Täufers, Apoſteltage, vier Marientage (Reinigung, Verkündigung, Himmelfahrt, Geburt), am Tage aller Heiligen; ſodann an den vorzüglichſten Feſten jeder erzbiſchöflichen Kirche, bei der Weihe einer Kirche, bei Ordinationen von Geiſtlichen, Conſecration eines Biſchofs, Benedictionen der Nonnen, am Jahrestage der Conſecration des Erzbiſchofs[103]). — Das Pallium iſt ein höchſt perſönliches, für eine einzelne Erzdiöceſe beſtimmtes Ornament. Es darf daher nicht verliehen werden und wird mit dem Beſitzer begraben[104]). Wer mehr Erzbisthümer zugleich verwaltet, muß für jedes ein eigenes Pallium erwerben[105]).

In der griechiſchen Kirche waren die Erzbiſchöfe an ſich als Biſchöfe der bedeutenderen Städte ohne Suffraganen, als Metropoliten ſtehen ſie aber an der Spitze der Eparchie, deren mehrere eine Diöceſe bilden[106]). Die Rechtsverhältniſſe ſelbſt ſind denen der katholiſchen Kirche analog.

In der evangeliſchen Kirche in Teutſchland iſt das Prädicat: Erzbiſchof als ehrende Auszeichnung eines Generalſuperintendenten neuerdings angewendet worden[107]), und zwar nach dem Muſter anderer evangeliſcher

---

97) c. 3. dist. C. (Gregor. I. a. 595.)

98) Sess. XXI. de annatis.

99) S. v. Droſte-Hülshoff a. a. O. §. 144, Anm. 696.

100) S. Gregel, diss. de iuribus nationi germanicae ex acceptatione Decretorum Basileensium quaesitis §. XCVI sq. (in Gratz, continuatio thesauri Schmidtiani T. I. pag. 106 sq.)

101) Dieſe Taxe beruht, wie die ſonſtigen Abgaben, auf der fixirten Schätzung der Einnahmen der Diöceſen. Für das Pallium des Biſchofs von Ermland werden jetzt 142 Scudi, d. i. 213 Thaler entrichtet. — Wegen des Erzbiſchofs von Freiburg ſ. Longner a. a. O. S. 143.

102) S. c. 1. 4. 6. 7. X. h. t. (1. 8.) Pontificale Romanum tit. de pallio.

103) Hier tritt übrigens die oben Anm. 75) bemerkte Beſchränkung ein.

104) c. 2. X. h. t. (1. 8.)

105) S. c. 4. X. de postulat. praelator. (1. 5.)

106) S. über dieſen Sprachgebrauch oben den Art. Bisthum, Bd. II, S. 233, Anm. 4, und Walter, Lehrbuch §. 159.

107) S. Preuß. Cabinets-Ordre vom 19. April 1829. (Bei Nicolovius, die biſchöfliche Würde in Preußens evangeliſcher Kirche [Königsberg 1834. 8.], S. 96.)

Länder, in welchen ſich die erzbiſchöfliche Würde, jedoch zum Theil mit beſtimmten Prärogativen, erhalten hat. In Dänemark hat der Biſchof von Kopenhagen den Vorrang vor den anderen Biſchöfen, der Biſchof von Seeland aber iſt eigentlicher Metropolit und hat das Recht, die übrigen Biſchöfe zu ordiniren und den König zu ſalben. In Schweden iſt der Biſchof von Upſala Metropolit und in der engliſchen Episcopalkirche ſind die Biſchöfe von Canterbury und York Erzbiſchöfe und jener Metropolitan der ganzen Kirche. In Irland gibt es vier Erzbiſchöfe.

H. F. Jacobſon.

Evangeliſche Kirchenverfaſſung. Die Lehre von der Verfaſſung der evangeliſchen Kirche hat ſeit ihren erſten Anfängen das ihrer Entwickelung wenig günſtige Schickſal erfahren, von einſeitigen Theorien beherrſcht zu werden. Die Ausdrücke der theologiſchen, politiſchen und philoſophiſchen Richtung ihrer Zeit waren die Syſteme des Episcopalismus, Territorialismus und Collegialismus, welche nach einander dem Verfaſſungsverhältniſſe ſeine Erklärung und ſeine Grundlage zu geben verſuchten, Syſteme, die ſich zum Theil als abſolute Gegenſätze zu einander verhielten. In der That finden noch jetzt Viele in dem einen oder anderen den Canon der Verfaſſung; aber, um die Wahrheit zu ſagen, auch an ſolchen fehlt es nicht, die beirrt und geängſtigt durch den Widerſpruch oder Inhalt jener Syſteme der troſtloſen Befürchtung verfallen ſind, es möge wohl überhaupt dem evangeliſchen Kirchenrechte keine eigene Idee inwohnen, da es ſich ſo geduldig unter jede andere von außen her gebrachte Idee beugen laſſe. Geſtehen wir es offen, es liegt hierin ein Moment der Wahrheit, nur daß die Schuld nicht dem Stoffe, ſondern den Bearbeitern zufällt, die bald aus dem canoniſchen Rechte, bald aus einer unchriſtlichen Philoſophie, bald aus dem Staatsrechte ihre Grundlagen entlehnten, anſtatt dem Weſen der Kirche mit Ernſt nachzugehen, und aus dem Gegenſatze zu dem römiſchen Katholicismus ihre Idee zu entfalten.

Die römiſche Kirche faßt ſich ſelbſt als das verwirklichte Reich Gottes, in welchem ausſchließlich durch das von Chriſtus eingeſetzte Prieſterthum alle Gnaden des Geiſtes auf die geſetzlichen Empfänger hinübergeleitet werden. Der Zuſammenhang mit dieſem Prieſterthum bedingt alles kirchliche Sein des Einzelnen; er lebt dennoch und wird der Gemeinſchaft Chriſti und des heil. Geiſtes, wenn auch theilweiſe ohne Frucht, theilhaft, wenn auch ſein Glaube todt iſt; während umgekehrt alle, wiewohl ſie im lebendigen Glauben auf den Urquell des Chriſtenthumes zurückgehen, dennoch dem kirchlichen Tode verfallen, ſobald ſie leugnen, daß zwiſchen ihnen und dem Princip der Erlöſung jenes Prieſterthum ausſchließlich den Zuſammenhang und in dieſem das Heil erwirke. Dieſe Auffaſſung, welche eben das zum Geſetz umgeſchlagene Evangelium iſt, iſt zwar nie ohne Proteſtation geblieben; und die römiſche Kirche wußte was ſie wollte, als ſie Arnold von Brescia dem Feuertode überlieferte, und die Waldenſer durch Feuer und Schwerdt vernichtete. Entfeſſelt trat aber der Geiſt zuerſt in der Reformation hervor, indem er der Lehre von den Werken das Princip von der Rechtfertigung im Glauben gegenüber-

ſtellte. Auf dieſer Grundlage entwickelte ſich, eine neue Erſcheinungsform des chriſtlichen Lebens, die evangeliſche Kirche, deren Verfaſſung darzuſtellen hier unſere Aufgabe iſt. Wir löſen dieſelbe, indem wir

I. die Anſichten der Reformation von der Kirche und der Kirchengewalt

darſtellen, wobei wir mit um ſo größerem Rechte

A. die ſächſiſche Reformation [1])

voranſtellen, als dieſe es zunächſt iſt, welche die Verfaſſung der meiſten teutſchen Landeskirchen beſtimmt hat. Als Quellen dienen uns hierbei theils die Bekenntniſſe, theils die verſchiedenen Gutachten und Bedenken, in denen die Reformatoren dem Kaiſer und den katholiſchen Ständen gegenüber die Vertheidigung der evangeliſchen Kirche führten, oder über die den einzelnen Landeskirchen zu gebende Verfaſſung ſich ausſprachen.

1) Die Kirche.

Dem empiriſchen Begriffe der Kirche, wie wir ihn im Eingange in kurzem Umriſſe zeichneten, ſetzten die Reformatoren die abſolute Negation in dem Begriffe der unſichtbaren oder richtiger geiſtlichen Kirche gegenüber als der Gemeinde der Gläubigen, in welcher das Evangelium rein und lauter gelehrt und die Sacramente recht verwaltet werden [2]). Dieſes iſt die heilige, unfehlbare Kirche, die über den ganzen Erdkreis verbreitet, alle Gläubigen als die Glieder Eines Leibes unter dem Haupte Chriſto umfaßt und im Sacrament vereinigt. Die Kirche iſt jedoch nicht allein Reſultat, ſondern auch Mittel der erlöſenden Thätigkeit Chriſti; ſie ſoll das Reich Gottes vorbereiten und in dieſer ihrer Thätigkeit iſt ihr die Gegenwart des Herrn bis an das Ende der Tage verhießen. Deshalb führt jene innere Gemeinſchaft zu äußeren Anſtalten, deren Zweck es iſt, den Glauben immerdar lebendig zu erhalten, und immer weiter zu verbreiten; es entſteht als Product des Gemeinſchaft ſtiftenden Glaubens, aber auch nach unmittelbarem göttlichen Willen die äußere Kirche [3]). Es iſt alſo in letzterer Beziehung der Unterſchied zwiſchen der evangeliſchen und katholiſchen Kirche nicht darin zu ſuchen, daß die letztere für ſich den göttlichen Urſprung anſpricht, während die erſtere als Menſchenwerk zu betrachten wäre; wohl aber waltet darin eine unermeßliche Verſchiedenheit ob, daß die katholiſche Kirche auch ihre Form als von Gott geſetzt betrachtet, mithin die Verfaſſung unter die Artikel des Glaubens ſtellt, während der Proteſtantismus die Entwickelung der Verfaſſung auf dem Grunde, der gelegt iſt, dem menſchlichen Ermeſſen überläßt, und jede Form

1) Meine Abhandlung: Die Grundlagen der Kirchenverfaſſung nach den Anſichten der ſächſiſchen Reformatoren, in der Zeitſchr. für deutſches Recht von Reyſcher und Wilda, Bd. 4, S. 1 flg.

2) Aug. Conf. A. VII.: Est autem ecclesia congregatio sanctorum, in qua evangelium recte docetur et recte administrantur sacramenta.

3) Die Nothwendigkeit der ſichtbaren Kirche iſt von Wurm, „Ueber den Begriff der ſichtbaren Kirche" in den Studien der evangel. Geiſtl. Würtembergs, Bd. 2, Hft. 2 (Stuttg. 1830), geleugnet. Vgl. dagegen Jacobſon, in den kirchenrechtl. Unterſuchungen, Beitr. 2 (Königsb. 1833), S. 129 flg. Umgekehrt wird der Begriff der unſichtbaren Kirche bekämpft von Krehl, in der Zeitſchr. für hiſt. Theol. 1840, Hft. 1.

derſelben als dem Willen Chriſti entſprechend anſieht, in der ihrem Leben ſeine Freiheit und ſein Frieden nicht verkümmert werden. Von dieſem Standpunkte aus gewinnt die Verſchiedenheit der Verfaſſung, wie ſie überall nach den individuellen Verhältniſſen der einzelnen Länder ſich entwickelt hat, ihre Erklärung und Rechtfertigung. Ein Irrthum aber iſt es, wenn behauptet wird, daß die Bildung einer äußeren evangeliſchen Geſammtkirche dem Princip der Reformation widerſpreche[4]), wenn ſchon nicht geleugnet werden darf, daß der heutige Zuſtand, in welchem zunächſt die äußere Kirche in einzelne Landeskirchen abſchließt, die nur durch das Bekenntniß und die Gemeinſchaft der Sacramente zu einer Einheit verbunden ſind[5]), ſeine Vorzüge habe, indem er jenem ſtarren Formalismus wehrt, der der Grundfehler der katholiſchen Kirche iſt.

2) Das Lehramt und die Gemeinden.

In die Kirche iſt der Beruf zur Pflege des chriſtlichen Lebens durch Lehre, Gottesdienſt und Disciplin gelegt, und dieſer Beruf iſt an alle ergangen, die in die Gemeinſchaft des Glaubens und der Sacramente getreten ſind. Dieſes iſt das allgemeine Prieſterthum, von welchem in der Schrift ſelbſt geſagt iſt: Ihr ſeid das auserwählte Geſchlecht, das königliche Prieſterthum, das heilige Volk, das Volk des Eigenthums, die ihr verkündigen ſollt die Tugenden deß, der euch berufen hat von der Finſterniß zu ſeinem wunderbaren Lichte. Seine Stätte hat es zunächſt in der geiſtlichen Kirche. Aus dieſer geht die Kirche als rechtliche Anſtalt hervor mit der Aufgabe, durch Entfaltung der bezeichneten Thätigkeiten alle ihre Glieder dem Ziele zuzuführen, an dem ſie Eine Heerde unter dem Einen Hirten ſein werden. Wer aber iſt zu dieſer Thätigkeit berufen? Nicht ein Stand geheiligter Prieſter, in dem unauslöſchlich der heilige Geiſt waltet, ob er auch ſelbſt dem Glauben abgeſtorben wäre, ſondern allen kommt die Theilnahme an ihr zu, die mit Herz und Mund dem Evangelium ſich angeſchloſſen haben, und in lebendiger Gemeinſchaft der Lehre und des Sacramentes ſtehen. Alſo der allgemeine Beruf bethätigt ſich auch in der äußeren Kirche, nur daß die rechtliche Ordnung alle, die nicht äußerlich ſelbſtſtändig ſind, als ſelbſtſtändige thätige Glieder der kirchlichen Gemeinſchaft zu betrachten verbieten muß. Noch aber bleibt die wichtige Frage nach der rechtlichen Form jener Thätigkeit zu löſen übrig, wobei uns wieder das Weſen der Kirche unmittelbar die Entſcheidung an die Hand gibt. Dieſes beſteht weſentlich in der Gemeinſchaft; jede kirchliche Thätigkeit iſt eine gemeinſame, und kann nicht anders, als in dem Bewußtſein der Gemeinſchaft geübt werden. Auf dieſem Princip ruht die Gliederung der Kirche in ſelbſtſtändige Gemeinden, als die nächſten und unmittelbaren Organe des kirchlichen Wirkens,

---

4) Z. B. von Klee, das Recht der Einen allgemeinen Kirche Jeſu Chriſti, Bd. 1 (Magdeb. 1839), S. 329, und Wurm, in der angef. Abh. S. aber Jacobſon a. a. O. S. 163.

5) Aug. Conf. A. VII.: Et ad veram unitatem ecclesiae satis est consentire de doctrina evangelii et administratione sacramentorum. Nec necesse est ubique esse similes traditiones humanas, seu ritus aut ceremonias ab hominibus institutas.

eine Inſtitution, welche die katholiſche Kirche mit Nothwendigkeit um ihres Principes willen, aber zu ihrem großen Nachtheil hat untergehen laſſen, während geſchrieben ſteht: Alſo ſind wir viele ein Leib in Chriſto und untereinander iſt einer des anderen Glied, Röm. 12, 5., und: Allesammt ſeid unter einander unterthan und haltet feſt an der Demuth, 1. Petri 5, 5. Damit aber die Stetigkeit jenes Berufes immerdar geſichert bleibe, beſteht in der Kirche nach dem Willen Chriſti das Lehramt, als deſſen Beruf die Bekenntniſſe die Predigt des Evangeliums, die Abſolution, die Verwaltung der Sacramente und die Handhabung des Bannes bezeichnen [6]). Mit dem canoniſchen Rechte nennen ſie ihn oft auch eine potestas, die ſie wieder in potestas ordinis und iurisdictionis abtheilen [7]). Oefter aber bezeichnen ſie ihn als ministerium verbi divini, eine Bezeichnung, in der ſich die Negation einer heilsvermittelnden prieſterlichen Gewalt unmittelbar ausdrückt, dem gegenüber alſo jener eben erwähnte andere Ausdruck ſich ſchlechthin als ein Anklang an die gewohnte Terminologie des canoniſchen Rechtes darſtellt. Und jener Dienſt im göttlichen Wort iſt zunächſt ein Dienſt in der Gemeinde und mit der Gemeinde [8]). Ausſchließlich überwieſen iſt ihm, um der Ordnung willen, die Leitung des Gottesdienſtes, die Predigt und die Spendung der Sacramente, rückſichtlich welcher letzteren ſich die Gemeinde als empfangend verhält; aber ſelbſtthätig ſoll die letztere mitwirken bei der Verwaltung der Zucht [9]), weil die Zwingherrſchaft die Erzfeindin der Kirche iſt, bei der

6) Art. Schmalk. De pot. Papae (Hase, Libr. symb. p. 351.): Evangelium tribuit his, qui praesunt ecclesiis, mandatum docendi evangelii, remittendi peccata, administrandi sacramenta, praeterea iurisdictionem, videlicet mandatum excommunicandi eos, quorum nota sunt crimina et resipiscentes rursum absolvendi. Aug. Conf. A. V. VII. (ib. p. 10. 37.)

7) Art. Schmalk. XIV. de pot. eccl. (Hase, p. 294.): Et placet nobis vetus partitio potestatis in potestatem ordinis et potestatem iurisdictionis. Habet igitur episcopus potestatem ordinis, hoc est ministerium verbi et sacramentorum, habet et potestatem iurisdictionis, hoc est auctoritatem excommunicandi obnoxios publicis criminibus, et rursus absolvendi eos, si conversi petant absolutionem.

8) Dieſe Bedeutung des Lehramtes, welche zuletzt von Puchta in einer trefflichen Schrift (Einleitung in das Recht der Kirche, Leipzig 1840), gegenüber einer neueren, unevangeliſchen Richtung entwickelt worden iſt, ſpricht ſich in klaren Zügen bei Luther aus: Ein jeglicher Chriſt hat und übet Prieſterwerke. Aber über das iſt nun das gemeine Amt, ſo die Lehre öffentlich führet und treibet, dazu gehören Pfarrherren und Prediger. Denn in der Gemeinde können ſie nicht alle des Amtes gewarten, ſo ſchicket ſichs auch nicht, in einem jeglichen Hauſe zu taufen und das Sacrament zu reichen. Darum muß man Etliche dazu wählen und ordnen, ſo zu predigen geſchickt und dazu in der Schrift ſich üben, die das Lehramt führen und dieſelbe vertheidigen können, item alſo die Sacramente von wegen der Gemeinde handeln, damit man wiſſe, wer da getauft worden ſei und Alles ordentlich zugehe. Sonſt würde langſam eine Kirche werden oder beſtellet werden, wenn ein jeglicher Nachbar dem anderen predigte, oder unter einander ohne Ordnung alles thäten. Solches iſt aber nicht der Prieſterſtand an ihm ſelbſt, ſondern ein gemein öffentlich Amt für die, ſo da alle Prieſter, das iſt Chriſten ſind. Werke, Walch's Ausg. 5, 1509.

9) Sendſchr. an die Nürnberger v. J. 1540 im Corp. Ref. III. 965.: Restituatur et excommunicatio, non ante, ut in litibus rerum profanarum,

Beſtellung des Lehramtes[10]), und was aus ihrem Begriffe weiter folgt, bei der Verwaltung ihres Vermögens.

3) Das Kirchenregiment und die Kirche.

Es liegt im Begriffe der Kirche, als einer rechtlichen Anſtalt, daß ein oberſtes Regiment die harmoniſche Bewegung ihrer einzelnen Theile, der Gemeinden, ſichere. Der Kreis ſeines Wirkens beſtimmt ſich alſo dahin, daß er die Bewahrung der Lehre, die Ordnung des Gottesdienſtes ſammt der Autoriſation des Lehramtes, die Handhabung der Zucht über den Gemeinden und die oberſte Verwaltung des Kirchengutes, alſo die mit dem Kirchenzwecke in unmittelbarer Gemeinſchaft ſtehenden Verhältniſſe umfaßt. Hierin ſteht die evangeliſche Kirche wiederum zu der katholiſchen in directem Widerſpruche, welche von ihrem äußerlichen, weltlichen Standpunkte aus nicht nur eine Gerichtsbarkeit über die weltlichen Verhältniſſe der Geiſtlichen und das Kirchengut, ſondern auch das Recht der Geſetzgebung wie der Jurisdiction in manchen bürgerlichen Beziehungen anſpricht. Nicht ganz in gleicher Weiſe verhält es ſich mit den Eheſachen, welche eine, ſogar auf mißverſtandene Aeußerungen der Reformatoren ſelbſt geſtützte territorialiſtiſche Anſchauung als außerhalb des kirchlichen Gebietes gelegen betrachtet. Allerdings hat die evangeliſche Kirche zu keiner Zeit den Staat von der Ordnung der ehelichen Verhältniſſe auszuſchließen verſucht, denn ſie iſt immer deſſen eingedenk geweſen, daß der Staat in der Familie wurzle. Auf der anderen Seite hat ſie ſich jedoch auch nie des Bewußtſeins entäußert, daß die Ehe durch das Chriſtenthum ihre Heiligung empfange, und daß die Erziehung für religiöſes Leben durch die Familie geſchehen müſſe, in welcher Beziehung einmal ein treffendes Wort von Luther zunächſt die Ehe die Pflanzſchule nicht allein der Polizei, ſondern der Kirche und des Reiches Chriſti bis an der Welt Ende genannt hat. Deshalb fordert die evangeliſche Kirche, daß ihr neben dem Staate die Theilnahme an dieſer Seite des Lebens gewährt werde[11]), und dieſes Verlangen iſt auch früher immer erfüllt worden, bis man ſeit Thomaſius die überraſchende Entdeckung gemacht hat, daß die Ehe nicht in den Bereich der Kirche, ſondern des Staates und leider auch der Welt ausſchließlich gehöre. Können wir für alle dieſe

---

sed de iudiciis manifestis, adhibitis in hoc iudicium senioribus in qualibet ecclesia. Melanth. de abus. eccl. emend. im Corp. Ref. IV. 542.: Nec liceat soli pastori ferre sententiam excommunicationis, sine ulla decuria iudicum aut nemine adhibito ex honestioribus viris suae ecclesiae. Ut enim vocantur haec iudicia ecclesiae, ita sunt plures adhibendi, ut Paulus voluit. Tyrannis est inimica ecclesiae.

10) Luther, de instituendis ministris ecclesiae ad senatum Pragensem, und: Grund und Urſach aus der Schrift, daß eine chriſtliche Verſammlung oder Gemeinde Macht habe, alle Lehre zu urtheilen und Lehrer zu berufen und abzuſetzen. Von den Modificationen, welche ſpäter die Anſichten der Reformatoren in dieſem Stücke erlitten, wird unten gehandelt werden.

11) v. Gerlach, kirchenrechtl. Unterſuchung der Frage: Welches iſt die Lehre und das Recht der evangeliſchen Kirche, zunächſt in Preußen, in Beziehung auf die Eheſcheidung u. ſ. w., in der Zeitſchr. für Proteſtantismus und Kirche, Bd. 2, S. 21 flg. Meine angef. Abh. S. 23 flg.

Punkte uns zur Beſtätigung auf die eigenſten Zeugniſſe der Bekenntniſſe berufen, ſo laſſen uns dieſelben freilich auf die andere anſcheinend ſo leicht zu löſende Frage, nach dem Subject der Kirchengewalt, ohne Antwort; dieſe iſt vielmehr durch das Leben zu Gunſten der Landesherren entſchieden, und dann erſt zum Gegenſtande einer ſehr lebendigen, aber wenig fruchtreichen Erörterung gemacht worden. Wir hegen die Hoffnung, es werde bald eine Zeit kommen, da dieſer in unzähligen Schriften faſt bis zur Ueberſättigung verhandelte Streit in ſeiner ganzen Nichtigkeit wird erkannt werden, wie denn ſchon jetzt in den Lehrbüchern die ganze Lehre von den drei Syſtemen beinahe nur als eine Verzierung und als außerhalb alles Zuſammenhanges mit dem lebendigen Rechte geſtellt erſcheint. Dennoch können wir uns hier der Verpflichtung, in eine Erörterung der Hauptpunkte einzugehen, nicht entſchlagen, weil auf der einen Seite durch die ſpeculative Philoſophie, auf der anderen durch die altlutheriſche Orthodoxie, in welche ſich vor der religiöſen Verflachung unſerer Zeit das rege gewordene kirchliche Bewußtſein flüchtet, die Syſteme des Territorialismus und Episcopalismus wiederum begründet worden ſind, während das Collegialſyſtem, wiewohl von beiden bekämpft, dennoch neben ihnen ein kümmerliches Daſein friſtet [12]). Beginnen wir, der hiſtoriſchen Entwickelung folgend, mit dem Episcopalſyſtem.

Dieſes betrachtet, in ſeiner älteſten Geſtaltung [13]), die Kirchengewalt als ein an ſich den Biſchöfen vermöge der Inſtitution der Kirche eignendes Recht, das durch den Religionsfrieden ſuspendirt, und einſtweilen auf die Landesherren devolvirt iſt, die es nun als Depoſitare oder Nutznießer ausüben. Gefangen in den Banden des canoniſchen Rechtes, erhebt ſich dieſe Auffaſſung nicht zu der Idee einer ſelbſtſtändigen evangeliſchen Kirche. Eine andere, gleichzeitig hervortretende, abſtrahirt von dieſer Devolutionstheorie und läßt vielmehr die äußere Kirchengewalt auf die Landesherren revolviren [14]), an welche der Ruf zur Obhut nicht allein über die zweite, ſondern auch über die erſte Tafel des Geſetzes ergangen iſt. Sie überweiſt jedoch dieſe Gewalt den Landesherren nicht ohne Beſchränkung, ſondern ſie fordert, daß dieſelbe unter dem Beirathe der mit der potestas interna, d. i. der ſogen. potestas ordinis betrauten Glieder des geiſtlichen Standes, und zwar rückſichtlich der Verwaltung durch beſondere kirchliche, aus geiſtlichen und weltlichen Gliedern zuſammengeſetzte Behörden, rückſichtlich der Geſetzgebung im Gebiete des Dogma und der Berufung der Pfarrer unter Zuſtimmung der Laien ausgeübt werde. Es iſt alſo nach ihr die Kirche ein dreigliederiger Organismus, da in ihr der Regent, die Geiſtlichen und das Volk (status politicus, ecclesiasticus, oeconomicus) mit verſchiedenem Berufe am Regimente thätig ſind. Später gewann jedoch dieſe Auffaſſung in der Reaction gegen den Pietismus,

---

12) Die neueſte Darſtellung der verſchiedenen Syſteme bei Stahl, die Kirchenverfaſſung nach Lehre und Recht der Proteſtanten (Erl. 1840), S. 5 flg.

13) Stephani, de iurisdictione qualem habeant omnes iudices tam saec. quam eccl. in imperio Rom. Francof. 1611.

14) Reinkingk, de regimine saeculari et ecclesiastico. Giess. 1619. Marb. 1631.

der den hierarchiſchen Anmaßungen des lutheriſchen Lehrſtandes die Ideen der unſichtbaren Kirche und des allgemeinen Prieſterthumes gegenüberſtellte, eine andere Richtung, als deren Vertreter der leipziger Theolog Carpzov[15]), der zelotiſche Gegner von Spener und Thomaſius, zu betrachten iſt. Nach dieſem gebührt dem Landesherrn die äußere, formale, dem Lehrſtande die innere, materielle Kirchengewalt, vermöge deren derſelbe in den Gebieten der Lehre und Liturgie beſchließt, was von dem Landesherrn vollſtreckt werden ſoll, zu allen wichtigeren Verfügungen über äußere Verhältniſſe aber wenigſtens die Zuſtimmung ertheilt, während die Laien auf das Recht der Aneignung beſchränkt ſind. Einer ſolchen, nach dem Katholicismus hinüberſchlagenden, allen kirchlichen Gemeingeiſt tödtenden Auffaſſung trat das Territorialſyſtem entgegen, indem es das chriſtliche Leben vor der Prieſtergewalt unter den Schutz der Landesherren flüchtete. Sein Vorkämpfer iſt Thomaſius, der durch die Carpzov'ſche Intoleranz aus Leipzig vertrieben, in Halle ein Aſyl gefunden hatte[16]). Er leugnet jede Gewalt in Sachen der Lehre, indem er für die letztere, auch die bekenntnißwidrige, Duldung fordert. In allen anderen Sachen aber legt er den Regenten, und zwar ohne Unterſchied ihrer Confeſſion, das Recht der Anordnung zum Zwecke der Erhaltung des Friedens bei, wobei er nur in den Regeln der Klugheit eine Schranke findet. Es liegt am Tage, wie dieſes, namentlich durch J. H. Böhmer[17]) weiter entwickelte, Syſtem den Begriff der Kirche als einer individuellen Lebensordnung aufhebt. Deshalb trieb es ſogleich das durch puritaniſche Ideen genährte, auf dem von Pufendorf[18]) ſchwankend gelegten Grunde namentlich von Pfaff[19]) ausgebildete Collegialſyſtem als ſeinen Gegenſatz hervor, welches die Glieder der auf der Grundlage gleicher Berechtigung errichteten kirchlichen Geſellſchaft (collegium aequale) als die Träger der Kirchengewalt (iura collegialia s. in sacra) betrachtet, den Regenten aber auf die Wahrnehmung des Staatsintereſſe (iura maiestatica circa sacra) beſchränkt. Daß eine ſolche Auffaſſung mit dem beſtehenden Verhältniſſe, mit dem Kirchenregimente der Landesherren im Widerſpruch ſtehe, war freilich nicht zu verkennen. Deshalb halfen ſich

---

15) Carpzov (resp. Grünewald), disp. de iure decidendi controversias theologicas. Lips. 1695. 4.

16) Hoßbach, Spener und ſeine Zeit, Bd. 2, S. 105 flg. — Thomaſius, vom Rechte evangeliſcher Fürſten in theol. Streitigkeiten. Halle 1696. Vom Rechte eines Fürſten in Mitteldingen (daſ. 1695) u. A. Ueber Hugo von Groot, der mit Anderen in den remonſtrantiſchen Streitigkeiten (Buddeus, isag. hist. theol. p. 736 sq.) das Territorialſyſtem vertheidigte (de imperio summarum potestatum circa sacra. Paris 1646.) ſ. Stahl a. a. O. S. 121. Die territorialiſtiſchen Anſchauungen von Hobbes und Spinoza haben auf die deutſche Wiſſenſchaft keinen unmittelbaren Einfluß geäußert.

17) De iure episcopali principum evangelicorum (Hal. 1712), J. E. P. Tom. 1. tit. 28. 31.

18) De habitu religionis ad vitam civilem. Brem. 1786.

19) Origines iuris eccl. Tübing. 1719. Akadem. Reden über das K.-R. Daſ. 1742. — Ueber die Entſtehung des Colleg.-Syſtems in der reform. Kirche.

ihre Begründer und Vertheidiger mit einer Fiction, oder, um es beſſer zu ſagen, mit einer Nothlüge, indem ſie annahmen, daß von den Kirchengliedern, als den Inhabern der Kirchengewalt, die letztere auf die Regenten zur Zeit der Reformation factiſch übertragen worden ſei.

Es iſt nicht der Ort, hier in die verſchiedenen Schattirungen dieſer Syſteme einzugehen, welche ein wenig fruchtreicher Scharfſinn erfunden hat, oder in die umſtändliche Widerlegung deſſen, was neuerdings zur ſpeculativen Begründung des Territorialſyſtemes von Rothe[20]) Geiſtreiches und Täuſchendes, oder zur Vertheidigung des Episcopalſyſtemes in Carpzov'ſcher Färbung von Stahl beigebracht worden iſt. Wohl aber müſſen wir verſuchen, die Anſichten der Reformatoren ſelbſt darzuſtellen, um uns bewußt zu werden, ob die Verfaſſung ſich auf der Grundlage einer Idee entwickelt habe, wodurch dann zugleich auch der Geſichtspunkt für die Würdigung jener Syſteme wird gefunden werden.

Hierbei erinnern wir zuvörderſt an die Verhältniſſe, unter denen ſich die evangeliſche Kirche entwickelte, insbeſondere an die Thatſache, daß die Reformatoren ſelbſt, nachdem ſich in der Confeſſion der neuerwachte religiöſe Geiſt bezeugt hatte, den Zuſammenhang mit der katholiſchen Kirche erhalten zu können glaubten. Deßhalb erboten ſie ſich in allen Verhandlungen mit dem Kaiſer und den katholiſchen Ständen fort und fort die Gewalt der Biſchöfe anzuerkennen[21]), ſobald dieſelben ſich der Reformation anſchließen und allem unchriſtlichen Zwange entſagen würden, eine Bedingung, unter der Melanthon bekanntlich ſogar den Papſt anerkennen zu dürfen glaubte[22]). Die Verfaſſungsform dachten ſie ſich aber unter dieſer Vorausſetzung ſo, daß den Biſchöfen das Recht zuſtehen ſollte, das Predigtamt zu beſtellen, und rechte chriſtliche Ceremonien, ſo wie die Ordination mit gebührendem Examen und Unterweiſung zu halten, über Lehre und Amtsführung der Prediger Aufſicht zu führen, die Viſitationen anzuordnen, Synoden zu verſammeln und die Univerſitäten und Schulen zu beaufſichtigen, während für die Ausübung der Disciplin und die Viſitationen, ſo wie zur Handhabung der Gerichtsbarkeit in Ehe- und Sponſalienſachen beſondere, aus Geiſtlichen und frommen, gelehrten Laien zuſammengeſetzte Kirchengerichte oder Conſiſtorien beſtellt werden ſollten[23]).

20) Rothe, die Anfänge der chriſtl. Kirche, S. 1 flg. — Dageg. Klee a. a. O. S. 279 flg. Stahl a. a. O. S. 263 flg. Cotta zu Gerhard, loci theol. XIV. 374 sq. Peterſen, die Idee der chriſtl. Kirche. Leipzig 1839. — Eine (unvollſtändige) Literaturgeſchichte gibt Schmitthenner, das Recht der Regenten in kirchlichen Dingen, Berlin 1838, der ſeinerſeits einem extravaganten Territorialſyſtem zugethan iſt. Die Thatſache des landesherrl. Episcopalrechtes iſt vertheidigt in v. Kamptz, über das biſchöfl. Recht der evang. Kirche in Deutſchl., Berlin 1828; das Collegialſyſtem beſ. v. Schleiermacher (Pacificus Sincerus), über das liturg. Recht der evangel. Landesfürſten. Götting. 1824.

21) Viele Belege in meiner angef. Abh. S. 26.

22) Consil. de moderandis controversiis religionis ad Gallos v. J. 1534. im Corp. Ref. II. 743.

23) Melanth. de abusibus eccl. emendandis v. J. 1541. im Corp. Ref. IV. 542., ſch. Reformationsformel v. J. 1545, ib. V. 579. Aus dieſer letzte-

Bekennen wir es immerhin, es war eine fromme Täuſchung, welche ſolche Conceſſionen von beiden Seiten hin für annehmbar, überhaupt eine ſolche Ausgleichung mit der von ihrem Princip des Werkdienſtes beherrſchten römiſchen Kirche für möglich halten konnte. Darum ſehen wir denn auch, daß alle jene ſo oft wiederkehrenden Anerbietungen immer ohne Feucht blieben, ja daß die Reformatoren, während ſie gegen den Kaiſer und die katholiſchen Stände ſich noch immer in der bezeichneten Weiſe erklärten, die Verfaſſungsverhältniſſe in den einzelnen Ländern auf der eigenen Grundlage der Kirche in ganz anderer Weiſe geſtalteten. Hier müſſen wir nun den Einen Satz an die Spitze ſtellen: ſie hatten von einer ſpäteren Anſchauung, die dem Staate auch den Beruf der Kirche beilegt, keine Ahnung, ſondern der Begriff der Kirche als einer von Chriſtus geſtifteten individuellen Lebensordnung ſtand feſt in ihrem Bewußtſein. Deßhalb dachten ſie ebenſo wenig an eine Uebereignung der Kirchengewalt an den Staat, als an die Uebertragung derſelben auf einen heilsvermittelnden Clerus. Wie aber iſt es zu erklären, daß nach einer in allen teutſchen Landeskirchen gleichmäßig zu Tage tretenden Rechtsbildung das Kirchenregiment dennoch von den Landesherren geführt wird, und findet dieſer ſcheinbar ſo große Widerſpruch in den Anſichten der Reformatoren ſelbſt ſeine Erklärung? Dieſes iſt in der That oft genug mit anſcheinender Sicherheit verneint worden. Dennoch verzweifeln wir nicht, daß es uns gelingen werde, inmitten all' der widerſprechenden Anſichten die befriedigende Löſung zu finden. Wir gehen dabei zurück auf die Anſicht der Reformatoren von dem göttlichen Rechte der Obrigkeit, welches erkannt zu haben der herrlichſte Gewinn der Reformation gegenüber der römiſchen Kirche iſt, die nur ſcheinbar ſich dem weltlichen Regimente als Stütze darbietet, während ihre treuen Diener die Lehre von der Volksſouverainetät erfunden und zu Zeiten ihrer Herrin praktiſch dienſtbar gemacht haben. Die weltliche Obrigkeit aber, ſo ſagen die Reformatoren weiter, iſt nicht allein von Gott zur Erhaltung des äußeren Friedens berufen, ſondern der edelſte Theil ihrer Aufgabe iſt, daß ſie der Kirche, von der ſie ſelbſt ihre Erleuchtung empfängt, die äußere Ordnung ſchaffe, auf daß ihr ganzer Dienſt ſich zu einem Dienſte Gottes geſtalte[24]). So richten ſie alſo an die in der Gemeinſchaft des Bekenntniſſes ſtehende Obrigkeit die Aufforderung zur Obhut über die Lehre[25]), zur Beſtellung des Lehramtes mit frommen Dienern[26]), zur Verwaltung des Kirchengutes u. ſ. w.[27]). Die Form aber für dieſe Thätigkeit iſt nicht eine

---

ren Urkunde führt Stahl den Beweis für die Behauptung, daß von den Reformatoren die Kirchengewalt als zunächſt den Biſchöfen eignend betrachtet worden ſei. Auch ſie enthält jedoch nur eine Conceſſion, wie ich in der angef. Abh. S. 30 urkundlich erwieſen habe.

24) Apol. bei Hase p. 232., Art. Schmalk. ib. p. 350.

25) Bedenken Melanthons v. J. 1537 im Corp. Ref. III. 470.

26) Bedenken deſſ. v. J. 1537 im Corp. Ref. III. 251. Sendſchreiben deſſ. an Veit Dieterich v. 25. Oct. 1543, daſ. V. 210.

27) Gutachten der Wittenberger v. J. 1537, daſ. IV. 1442. Neudecker, Urkunden aus der Reformationszeit, S. 310.

willkührliche, ſo daß es gleich viel wäre, von wem die letztere geübt würde, ſondern es ſoll ſich die Individualität der kirchlichen Lebensordnung dadurch ausſprechen, daß beſondere kirchliche, aus Dienern am göttlichen Wort und frommen gelehrten Laien zuſammengeſetzte Behörden oder Conſiſtorien für die ſtändige Verwaltung, insbeſondere die Handhabung des Bannes, die Gerichtsbarkeit und die Viſitationen von der Obrigkeit beſtellt werden. Solche fordern zuerſt die ſchmalkaldiſchen Artikel (1537) für die Eheſachen[28]); ſchon im folgenden Jahre ſind ſie aber in der hier dargeſtellten Bedeutung in einem von den Wittenberger Theologen verfaßten, erſt neuerdings veröffentlichten Bedenken dargeſtellt, in welchem die ganze Summe der damaligen Verfaſſungsanſchauungen entfaltet iſt[29]). Noch aber können wir hier unſere Erwägung nicht abſchließen, denn noch haben wir über die Geſetzgebung in der Kirche und das Verhältniß der Gemeinden zu derſelben keine Aufklärung empfangen, und noch haben wir den Widerſpruch auszugleichen, daß oben die Gemeinden zur Wahl des Lehramtes und zur Theilnahme an der Kirchenzucht für berufen erklärt wurden, während wir nun finden, daß für die Beſtellung der Diener am göttlichen Wort die Prieſter an ihre Stelle treten, und die Handhabung des Bannes den Conſiſtorien übereignet wird. In beiden letzteren Beziehungen ſind zunächſt durch politiſche Momente die urſprünglichen Anſchauungen der Reformatoren modificirt worden, insbeſondere waren es, ſo viel die Pfarrwahl anlangt, die Bewegungen des Bauernkrieges, welche die Uebertragung dieſes Rechtes auf die Gemeinden als bedenklich erſcheinen ließen, und allmälig den, in die meiſten Geſetzgebungen übergegangenen Grundſatz hervortrieben, daß dem Regimente die Beſetzung des Lehramtes, der Gemeinde aber das Recht des Widerſpruches gebühre[30]). Aehnlich verhielt es ſich mit dem Bann, der zunächſt von den Pfarrern mit den Gemeinden ausgeſprochen werden ſollte, nun aber, als die formloſe Handhabung deſſelben den Frieden ſtörte, den Conſiſtorien als Vertretern der Kirche übereignet wurde, eine Geſtaltung, durch welche die Entwickelung der Zucht in der lutheriſchen Kirche zumeiſt gelähmt worden iſt. Endlich, über das Recht der Geſetzgebung ſprechen ſich die Reformatoren nur rückſichtlich eines, aber des wichtigſten Verhältniſſes, der Lehre aus, indem ſie dem Begriffe der Kirche gemäß ſchlechthin die Mitwirkung nicht allein der Geiſtlichen, ſondern auch der

---

28) Art. Schmalk. de pot. episc. Hase p. 354 sq.

29) Der Theologen Bedenckenn vonn wegenn der Conſiſtorien, ſo vfgericht ſollen werden, 1538, in meiner Abh. S. 62 flg. Für den Urheber dieſes, für die Geſchichte der evangeliſchen Kirchenverfaſſung ſehr wichtigen Gutachtens halte ich Juſtus Jonas.

30) XII. Artikel der Bauerſchaft. Sartorius, Geſchichte des Bauernkrieges S. 382 flg. Luther, Verlegung der XII. Artikel der Bauerſchaft, Werke XVI. 84. Schon im J. 1536 heißt es in einem Bedenken Melanthons im Corp. Ref. III. 184: Zum andern, das iſt wahr, daß kein Menſch ſich des öffentlichen Predigtamtes ohne einen öffentlichen Beruf und Vocation unterſtehen ſoll, und dieſer Beruf ſtehet vornehmlich bei der Oberkeit und Bewilligung der Kirchen deſſelbigen Ortes, da einem zu predigen befohlen wird.

Laien fordern[31]). Daſſelbe nehmen wir für die Geſetzgebung im Gebiete der Liturgie mit um ſo größerem Rechte in Anſpruch, je inniger und unauflöslicher dieſe mit dem Dogma der Kirche verbunden iſt, und hierbei irrt es uns auch nicht, daß die Confeſſion die Aufrichtung der Gottesdienſtordnungen durch die episcopi seu pastores für zuläſſig erklärt[32]), ſobald durch ſie die Gewiſſen nicht beſchwert würden. Dieſe und ähnliche Stellen finden darin ihre Erklärung, daß die Reformatoren abſichtlich das liturgiſche Element als äußerliches in den Hintergrund ſtellten, um ihren Widerſpruch gegen das katholiſche Princip von dem Werkdienſte zu manifeſtiren[33]), und am wenigſten dürften ſie als Beweiſe einer dem Lehrſtande beigelegten Kirchengewalt angeführt werden, in welcher Beziehung ſie neuerdings von Stahl gebraucht worden ſind.

Ueberblicken wir nun ſchließlich dieſe Sätze, und ſtellen wir ſie mit den oben in kurzen Umriſſen gezeichneten Syſtemen in Vergleichung, ſo ergeben ſich folgende Reſultate. Das Territorialſyſtem findet in der Reformation nirgends auch nur einen leiſen Anklang; es iſt alſo irrig, was zuweilen mit großer Zuverſichtlichkeit behauptet worden iſt, daß die Auslieferung der Kirche an den Staat durch die Reformatoren erfolgt ſei; ſpätere Erſcheinungen, die uns die Kirche in der That als an die weltliche Gewalt wehrlos anheimgegeben zeigen, ſind alſo nicht ihre Schuld. Ebenſo wenig aber iſt das Episcopalſyſtem in ſeiner Carpzov-Stahl'ſchen Färbung ein Erzeugniß der Reformation, ſondern dieſes gehört einer Zeit an, in der in der lutheriſchen Kirche die hierarchiſchen Neigungen des Lehrſtandes den freien Blick auf das Princip der Reformation getrübt haben. Zuletzt hat auch das Collegialſyſtem in ſeiner oben dargeſtellten Faſſung, in der es das Gemeinleben und thätige Zuſammenwirken der Kirche aufhebend die Kirchenglieder individualiſirt, in der Reformation ſeine Begründung. Dagegen iſt es dem Begriffe der Kirche entſprechend, wenn dieſes Syſtem mit großer Schärfe die Rechte des Staates und der Kirche ſcheidet. Behauptet es aber weiter, daß die Kirchengewalt ſtillſchweigend von der Kirche auf die Landesherren übertragen worden ſei, ſo iſt dieſes, ſo gefaßt, nicht richtig. Die Gewalt eignet vielmehr fort und fort der Kirche und wird in ihrem Dienſte als ein Amt von den in der Gemeinſchaft des Bekenntniſſes ſtehenden Inhabern der Landesherrſchaft geübt. Dieſer Dienſt, dieſes Amt iſt das immerwährend thätige. Daneben ſteht aber die Kirche, welche, wo es eine Aenderung in der Lehre und den mit ihr zuſammenhängenden Einrichtungen, alſo der Liturgie und Verfaſſung gilt, endlich entſcheidet. Auf dieſem Wege gewinnen wir eine jeden Anſpruch auf Stetigkeit der Verwaltung und

31) Vgl. die Bedenken Melanthons im Corp. Ref. III. 468. und bei Pezel, Melanth. cons. lat. I. 528., und die dem Kaiſer auf dem Convent zu Regensburg übergebenen Artikel im Corp. Ref. IV. 349., welche gegen Stahl, der dem Lehramte die Kirchengewalt auch in dieſer Beziehung beilegt, in meiner angef. Abh. S. 17 flg. angeführt ſind.

32) Aug. Conf. A. VII. bei Hase p. 42.

33) Bedenken Melanthons im Corp. Ref. III. 474., meine angef. Abh. S. 20 flg.

Freiheit der Bewegung befriedigende Verſöhnung; auf ihn verwieſen zu haben, iſt ein großes Verdienſt der trefflichen Schrift Puchta's, das auch wir dankbar ehren.

Um vieles kürzer können wir uns bei der Darſtellung der

B. Anſichten der ſchweizeriſchen Reformatoren

faſſen, die ſich in den Bekenntniſſen ausführlich über die Form des chriſtlichen Lebens erklärt haben. Sie ſtimmen mit der ſächſiſchen Reformation in Beziehung auf den Begriff der Kirche 34) und die Nothwendigkeit des Lehramtes überein 35); die Kirchengewalt halten ſie aber für ein weſentliches Attribut der Gemeinden. Dieſelbe wird durch ein von der Gemeinde freigewähltes Kirchenregiment ausgeübt, welches aus den Paſtoren, den Aelteſten und Diaconen beſteht und den Beruf hat, die Lehre zu erhalten, die chriſtliche Zucht und die Pflege der Armen zu üben, und für die Ruhe des Gottesdienſtes zu ſorgen 36). Ueber ihr ſteht, die Einheit vermittelnd, die durch die Paſtoren und Aelteſten gebildete Synode. Dieſe Form der Verfaſſung fordern die Symbole als die urchriſtliche und nothwendige, wiewohl nicht verkannt werden mag, daß ſie ebenſo ſehr auf einer Uebertragung nationaler Rechtsanſichten auf die Kirche beruhe. Wie es ſich aber auch hiermit verhalte, gewiß iſt, daß eine abſolute Form der Verfaſſung nicht dem evangeliſchen Principe entſpreche, als welches die Gleichſtellung des Aeußeren und Inneren verwirft, und daß in Teutſchland die Synodal- und Presbyterialverfaſſung nach ihrem vollen Begriffe nicht zur Entwickelung gediehen, ſondern zumeiſt auch in der reformirten Kirche das landesherrliche Regiment ſich geltend gemacht hat.

Nachdem wir ſolchergeſtalt der Grundlagen uns verſichert haben, von denen die Verfaſſung der Kirche ausgegangen, müſſen wir, bevor wir zur Darſtellung der heutigen Verfaſſungsverhältniſſe im Einzelnen übergehen, zuvörderſt noch

II. die Entwickelung der Verfaſſungsformen 37)

in Erwägung ſtellen. Wir gehen dabei von der

A. Conſiſtorialverfaſſung

aus, weil dieſe in den teutſchen Landeskirchen die vorherrſchende iſt, und zwar nehmen wir zunächſt auf Sachſen Beziehung, deſſen Verfaſſung den meiſten übrigen ein Vorbild geworden iſt. Wir beginnen mit der erſten

---

34) Conf. Helv. (1566.) c. 17., Scot. 16. 18., Declar. Thorun. 7. Nitzſch, proteſt. Beantw. der Symbolik Dr. Möhler's, S. 232.

35) Conf. Gall. A. 25. 30., Belg. A. 30. 31., Helv. poster. c. 18.

36) Conf. Gall. A. 29., Belg. A. 30. u. a. — Discipline des églises reformées de France (Heidelb. 1771.), und in Soulier, Statistique des églises reformées de France (à Paris 1828.), S. 191 flg.

37) Für die Geſchichte der ſächſ. Kirchenverf. muß auf Seckendorf, Historia Lutheranismi und auf Weber's vortreffliche Arbeit, Darſtellung des im Königr. Sachſen geltenden Kirchenrechtes (Leipzig 1818 flg.) verwieſen werden. Leider iſt überhaupt die Geſchichte der Particularkirchenverfaſſungen nur wenig bebaut worden. Für Preußen liefert Jacobſon, Geſchichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes II, 1, ſchätzbare Beiträge. Ein Muſter iſt die geſchichtl. Einleitung zu der Sammlung der württemb. Kirchengeſetze von Eiſenlohr. Tübing. 1835.

Viſitation (1528), dem erſten Schritte zur Ordnung der regelloſen kirchlichen Verhältniſſe. Nach der bisher nur aus einem Auszuge bei Seckendorf bekannten, nunmehr vollſtändig veröffentlichten Instruction[38]) war es zunächſt die Beſtellung des Lehramtes mit frommen Dienern und die Regulirung der kirchlichen Vermögensverhältniſſe, auf welche ſich die Sorgfalt der von dem Kurfürſten abgeordneten, geiſtlichen und weltlichen Viſitatoren richtete. Zugleich aber wurde der Grund zu einer Organiſation der Kirche in der Einführung des Amtes der Superintendenten gelegt, deren Beſtimmung es ſein ſollte, über die Amtsführung und den Wandel der Pfarrer Aufſicht zu führen, und neben den landesherrlichen Beamteten an der Gerichtsbarkeit in Eheſachen Antheil zu nehmen[39]). Als die höchſte Autorität behauptete ſich der Kurfürſt ſelbſt, während die Viſitatoren die Stelle einer höheren Aufſichtsbehörde vertraten. Schon in dem nächſten Jahrzehnt wurde jedoch das Bedürfniß einer die Stetigkeit der Verwaltung ſichernden Verfaſſung lebendig erkannt, und es wurde deshalb, nachdem ſeit dem J. 1539 zu Wittenberg eine Behörde für die Gerichtsbarkeit in Eheſachen beſtanden, deren Einrichtung wir nicht näher nachzuweiſen vermögen[40]), auf der Grundlage des bereits erwähnten Bedenkens v. J. 1538 im J. 1542 das Wittenberger Conſiſtorium errichtet. Die Conſtitutionsurkunde deſſelben iſt verloren; doch zeigt theils das angeführte Bedenken, theils der von Buchholtzer edirte[41]) zweite Entwurf, daß die Aufſicht über die Lehre, den Wandel und die Amtsführung der Geiſtlichen, über das religiöſe und ſittliche Verhalten der Gemeinden, und über das Kirchengut, die Handhabung des Bannes, ſo wie die Jurisdiction in Eheſachen und in den Streitigkeiten zwiſchen den Pfarrern und Gemeinden ſeinen Berufskreis bildeten. Erſt ſpäter, ſeit dem J. 1580, kam es zur Errichtung einer höchſten kirchlichen Behörde, des Kirchenrathes, für die Geſetzgebung, die Diſpenſationen u. ſ. w. Die Geſchichte deſſelben iſt von Weber[42]) ausführlich erörtert, auf den wir hier Bezug nehmen; doch müſſen wir hier noch ergänzend hinzufügen, was dort nicht, aber auch nirgends anderswo bemerkt iſt, daß dieſe Inſtitution, wie noch manche andere, z. B. die der Generalſuperintendenten, von der ſächſ. K.-O. v. J. 1580 aus der Württembergiſchen

---

38) Inſtruction und Befelch, dorauff die Viſitatores abgefertiget ſein, 1527, in meiner angef. Abh. S. 45 flg.

39) Dieſe Einrichtung iſt in die meiſten der von Bugenhagen abgefaßten Kirchenordnungen übergegangen, z. B. in die Hamburger v. 1529. Krabbe, eccles. evang. Hamb. instaur. hist. (Hamb. 1840.), p. 91., Bremer Kirchenordn. v. 1534.

40) Vgl. D. Brucken, Bedenken der Viſitation halber In Herzog Heinrich Fürſtenthumb, dat. Wittenbergk Sonntag nach Ulrici 1539, in meiner angef. Abh. S. 87. Die aus Seckendorf (Hist. Luth. III. 219.), von Stahl u. A. entlehnte Nachricht, daß der Kanzler Brück „zuerſt den Verſuch eines Conſiſtoriums zu Wittenberg gemacht habe", iſt hiernach zu berichtigen.

41) Conſtitution und Artikel des geiſtl. Conſiſtorii zu Wittenbergk... durch Georgen Buchholtzer. Frankf. a. O. 1563.

42) Sächſ. K.-R. Bd. 1, S. 280 flg.

K.=O. v. 1559[43]) wörtlich entlehnt iſt, ein Zuſammenhang, den wir durch den Einfluß des Jacob Andreä auf die ſächſiſche Kirche erklären zu dürfen glauben. Die letztere Inſtitution hat ſich jedoch nur über wenige Kirchen verbreitet, vielmehr blieben gewöhnlich die höchſten weltlichen Behörden mit der Ausübung der den Landesherren vorbehaltenen Rechte beauftragt. Dagegen gingen die Conſiſtorien in alle teutſche Landeskirchen über[44]), und zwar nahmen ſie in ihren Geſchäftskreis faſt gleichmäßig die Gerichtsbarkeit über das Kirchengut und die perſönlichen Rechtsverhältniſſe der Geiſtlichen auf. In der neueren Zeit iſt, wie wir weiter unten anführen und belegen werden, ihr Reſſort oft auf das urſprüngliche Maß, zuweilen auch über daſſelbe hinaus reducirt worden; das Princip iſt jedoch überall daſſelbe geblieben, und nur inſofern hat die Verfaſſung in manchen Ländern ein neues Element in ſich aufgenommen, als den Gemeinden in den Presbyterien, der Totalität der Gemeinden in den Synoden eine größere Mitwirkung am Regiment zugeſtanden worden iſt. Dieſes iſt meiſtens die Folge der Vereinigung mit der reformirten Kirche geweſen, deren Verfaſſung wir nunmehr darzuſtellen haben.

B. Die Synodal= und Presbyterialverfaſſung[45]) mit ihren anciens und diacres, und ihren Presbyterien oder consistoires, finden wir zuerſt ausgeprägt in den von Wilhelm Farel, dem treuen Gehilfen Calvins, reformirten Kirchen zu Straßburg (1525), Neufchatel (1530) und Genf (1531 flg.); ihre Spuren gewahren wir aber bei den Waldenſern, von denen ſie denn auch durch Farel entlehnt worden zu ſein ſcheint. Von Straßburg und Genf aus wurde ſie nach Frankreich durch Viret, nach Schottland durch Knox und nach England durch Johannes Lasky übertragen, und aus dem letzteren kam ſie, durch die Reformirten, welche ſich vor den Gewaltthätigkeiten der Königin Maria flüchteten, nach den Niederlanden und in einzelne ſüdteutſche Städte, beſonders aber an den Niederrhein, wo die Beſchlüſſe der Generalſynode von Weſel (1568) die Grundlage für die kirchliche Verfaſſung von Jülich, Cleve, Berg und Mark wurden[46]). Endlich am Ende des 17. und im Anfange des 18. Jahrh. finden wir ſie durch die franz. Refugiés auch in das nördl. Teutſchland, namentlich nach Hannover und Braunſchweig verpflanzt. Im Zuſammenhange mit ihrer erſten Entwickelung ſteht ihre Erſcheinung in Heſſen, wo die Synode von Homberg

---

43) Bei Eiſenlohr a. a. O. Bd. 1, S. 106.

44) Einige Nachweiſungen darüber, ſo wie über den durch die ſogen. Reformationsformel v. 1545 und die erſte Mecklenburger Kirchenordn. (1552) vermittelten Zuſammenhang einer Claſſe von Kirchenordnungen gibt meine angef. Abh. S. 86 flg.

45) Bickell, die Synodal= und Presbyterialverf. der evangel. Kirche in ihrem Urſprunge und ihrem Einfluſſe auf Heſſen, in der Zeitſchr. des Vereins für heſſ. Geſchichte und Landeskunde Bd. 1, S. 43 flg.

46) Ueber dieſe Länder und den Uebergang der Synodal= und Presbyterialverf. auf die lutheriſchen Gemeinden in Cleve und Mark (K.=O. v. 1687) vgl. v. Oven, die Presbyterial= und Synodalverfaſſung in Berg, Jülich, Cleve und Mark. Eſſen 1829.

(1526), deren Beſchlüſſe durch den unmittelbaren Einfluß des Franz Lambert von Avignon beſtimmt wurden[47]), ein durchaus presbyterianiſches Kirchenregiment anordnete. Nach ihr beſtehen neben den Geiſtlichen Laienälteſte und Gemeindeconvente zur Handhabung der Disciplin; die Beſtellung und Abſetzung der Geiſtlichen geſchieht durch die Gemeinden; das höchſte Regiment endlich bildet eine jährliche Synode der Geiſtlichen und Gemeindeabgeordneten, durch welche für die Leitung des kirchlichen Lebens während der Zwiſchenzeit ein Ausſchuß und die Viſitatoren gewählt werden u. ſ. w. Dieſe ſogen. Homberger Reformation[48]) iſt aber in Heſſen niemals zur That geworden, vielmehr hat die dortige Kirchenverfaſſung einen Entwickelungsgang genommen, der ſich zuletzt in den Conſiſtorien abſchloß[49]), und geblieben iſt nur die Theilnahme der Gemeinden, und zwar auch der lutheriſchen, durch beſondere Presbyterien. Aehnlich haben ſich die Verhältniſſe in anderen Ländern geſtaltet, namentlich übten, ſeit Cleve und Mark an Brandenburg gekommen, dort die Regenten, ungeachtet der fortbeſtehenden Presbyterialverfaſſung, einen weit über das bloße ius circa sacra hinausgehenden Einfluß[50]). In der neueſten Zeit iſt zwar durch die Kirchenordnung vom J. 1835 die Synodal- und Presbyterialverfaſſung in den Rheinprovinzen und Weſtphalen auf der Grundlage des älteren Rechtes wiederhergeſtellt worden[51]); es darf jedoch nicht behauptet werden, daß das, was jene Verfaſſung in ihrem vollen Begriffe zunächſt charakteriſirt, die abſolute Selbſtſtändigkeit der Kirche gegenüber dem auf das Majeſtätsrecht beſchränkten Regenten zugleich anerkannt worden ſei; ſondern die Eigenthümlichkeit der neuen Verfaſſung beſteht zunächſt nur darin, daß der Gemeinde eine ausgebreitete Theilnahme an der Ordnung ihres eigenen Lebens zugeſtanden iſt. Von dieſem Standpunkte aus gewährt die rheiniſchweſtphäliſche Kirchenordnung, die Anſprüche der Gemeinden mit der Conſiſtorialverfaſſung in der glücklichſten Weiſe vermittelnd, viel mehr als die Geſetzgebung der anderen Länder, insbeſondere Badens[52]) und Bayerns[53]), in denen bis jetzt die Synodal- und Presbyterialverfaſſung hergeſtellt worden iſt.

---

47) Baum, Franz Lambert von Avignon. Straßb. 1840.

48) Reformatio ecclesiarum Hassiae iuxta certissimam sermonum Dei regulam ordinata in venerabili synodo per clem. Hass. princ. Philippum anno 1526.... Hombergi celebrata bei Schmincke, Mon. Hass. T. III. Bickell a. a. O. S. 64 flg.

49) Bickell, S. 68 flg.

50) v. Kamptz, das biſchöfliche Recht u. ſ. w. S. 152 flg.

51) Bei Rheinwald, Acta hist. eccl., Jahrg. 1835, S. 375 flg. — Surthlage, die älteren Presbyterialkirchenordnungen der Länder Jülich, Berg, Cleve und Mark in Verbindung mit der neuen Kirchenordnung u. ſ. w. Leipzig 1837.

52) Evang. Kirchenvereinigung in Baden nach ihren Haupturkunden. Heidelb. 1821. Rinck, Erläuterung der evang.-prot. Kirchenvereinigungsurkunde des Großh. Baden, 1827.

53) Fuchs, Zuſtand der proteſt. Kirche in Bayern. Ansb. 1830.

III. Die heutigen Verfaſſungsverhältniſſe.

1) Der Landesherr.

Die evangeliſchen Landesherren haben nach einer, auf die Anſichten der Reformation unmittelbar zurückleitenden Auffaſſung das Amt des Kirchenregimentes (ius episcopale). Sie führen daſſelbe, ſo viel die ſtändige Verwaltung und die Gerichtsbarkeit betrifft, durch die aus geiſtlichen und weltlichen Gliedern zuſammengeſetzten Conſiſtorien, denen als Aufſichtsbeamtete die Superintendenten untergeordnet ſind. Dagegen iſt ihnen nach einer durchaus gemeinſamen Rechtsbildung ſowohl die Geſetzgebung mit dem ihr entſprechenden Dispenſationsrechte und der in ihr enthaltenen Organiſationsgewalt ebenſo vorbehalten geblieben, als die Verleihung der kirchlichen Aemter (ſogen. iura reservata). In größeren Staaten beſteht gewöhnlich eine höchſte kirchliche Behörde (Cultusminiſterium), welche in dieſen Angelegenheiten entweder perſönlich beſchließt, oder dieſelben zur perſönlichen Entſchließung des Regenten vorbereitet. Hierüber entſcheidet zunächſt die beſondere Verfaſſung; doch kann es als Gemeinſames betrachtet werden, daß die Geſetzgebung und gewiſſe Dispenſationen, z. B. von allen Aufgeboten und in näheren Verwandtſchaftsgraden, zu den vorbehaltenen Rechten im eigentlichſten Sinne gehören. Wo keine beſonderen Cultusminiſterien beſtehen, reſſortiren jene Kirchenangelegenheiten von den höchſten weltlichen Verwaltungsbehörden, die entweder von den Conſiſtorien berathen werden, oder, was öfter vorkommt, geiſtliche Referenten haben, deren Beſtimmung es iſt, das reingeiſtliche Moment in ſeinem Rechte zu vertreten.

Eine Modification erleiden dieſe Grundſätze da, wo die Kirche unter einem katholiſchen Regenten ſteht. Auch für dieſes Verhältniß hat ſich in Teutſchland die Rechtsanſicht entwickelt, daß dem Landesherrn die Kirchengewalt zuſtehe. Die Erklärung derſelben gewinnen wir aber nicht aus den Anſchauungen der Reformatoren, die von einer ſolchen, an ſich völlig begriffswidrigen Stellung eines inmitten des Katholicismus ſtehenden Regenten zu der evangeliſchen Kirche keine Vorſtellung haben, ſondern nur aus der Geſchichte, und zwar in der folgenden Weiſe. Der weſtphäliſche Friede[54]) hatte verordnet, daß den Landſaſſen, Vaſallen und Unterthanen augsburgiſcher Confeſſion die freie Religionsübung nach dem Beſitzſtande vom J. 1624 mit den annexis religionis exercitii, insbeſondere der institutio consistoriorum geſichert ſein, wo ſich aber die Verfaſſung bis zu dieſem Punkte nicht entwickelt habe, die biſchöfliche Jurisdiction in den die augsburgiſche Confeſſion nicht berührenden Verhältniſſen auch ferner in Uebung bleiben ſolle. Die Unbeſtimmtheit dieſer letzteren Verfügung und die Thatſache, daß in jenem Verhältniſſe die Verfaſſung ihrer Spitze entbehrte, führte jedoch bald auf die durch das Territorialſyſtem geförderte Auffaſſung, daß die Kirchengewalt oder das Episcopalrecht dem Landesherrn als ſolchem gebühre, und dieſe macht ſich auch da geltend, wo entweder der evangeliſchen Kirche erſt ſpäter von dem Regenten die Religionsübung zugeſtanden wurde, wie in Oeſterreich, oder

54) Art. V. §. 31. Stahl a. a. O. S. 222.

ein katholiſcher Staat, wie Bayern, Landestheile mit einem ausgebildeten evangeliſchen Verfaſſungsverhältniſſe aufnahm, oder wo der Regent den angeſtammten Glauben wechſelte. In der That ſteht ſie zu der Idee der Kirche in einem ſchneidenden Mißverhältniſſe, und nur durch das Territorialſyſtem kann die Behauptung erklärt werden, es könne der Regent, der vermöge ſeiner Confeſſion die evangeliſche Kirche als die fortwährende Emanation des ſchwerſten kirchlichen Verbrechens betrachten muß, dennoch derſelben mit Bewußtſein dienen. Die Wahrheit dieſer Auffaſſung bezeugt ſich denn auch in der Rechtsanſicht, daß das Regiment in einem ſolchen Verhältniſſe durch ein zwar von dem Landesherrn beſtelltes, aber ſelbſtſtändiges Conſiſtorium geübt werden müſſe [55]), und noch mehr ſpricht ſich das Bewußtſein von der Unmöglichkeit eines unmittelbaren landesherrlichen Kirchenregimentes in den Reverſalien aus, in denen convertirende Regenten auf das letztere verzichteten [56]). Unter den Ländern, in denen jene Form der Verfaſſung beſteht, mögen hier Bayern und Sachſen erwähnt werden. In dem erſteren wird das Regiment durch ein ſelbſtſtändiges Oberconſiſtorium geführt. In beſtimmten wichtigeren Verhältniſſen, bei neuen organiſchen Einrichtungen und allgemeinen Verordnungen, Dispenſationen wegen verbotener Verwandtſchaftsgrade, der Verleihung und Entziehung kirchlicher Aemter, der Eintheilung der Pfarrſprengel u. ſ. w., hat daſſelbe zwar nur gutachtliche Berichte an das Staatsminiſterium zu erſtatten, und es könnte mithin ſcheinen, als ob das auf der einen Seite aufgehoben werde, was auf der anderen verfaſſungsmäßig verbürgt iſt. Indeſſen findet dieſer Widerſpruch darin ſeine Verſöhnung, daß die königliche Entſchließung zwar die Genehmigung der von dem Oberconſiſtorium beantragten Einrichtungen verweigert, nicht aber an deren Stelle eine neue zu ſetzen berechtigt iſt [57]). In Sachſen [58]) dagegen wird die Stelle des Regenten durch eine durchaus ſelbſtſtändige evangeliſche Behörde, die evangeliſchen Staatsminiſter, vertreten, welche die vorbehaltenen Rechte ausüben und die höchſte kirchliche Inſtanz bilden [59]). Minder groß erſcheint der Widerſpruch, wenn der lutheriſche Landesherr über die reformirte Kirche und umgekehrt die Kirchengewalt ausübt. Zwar hatte für den Fall, daß einem lutheriſchen Landesherrn ein reformirtes Land zufallen, oder der reformirte Landesherr die Confeſſion wech=

55) Feuerbach, eine längſt entſchiedene Frage über die oberſten Episcopalrechte der evang. Kirche. Nürnb. 1823.

56) Z. B. in Sachſen 1697, in Württemberg 1704, in Heſſen=Caſſel 1754, in Sachſen=Gotha 1822. Entſprechende Zuſicherungen enthalten auch die Württemb. V.=U. §. 76, Kurheſſ. §. 134, Braunſchw. L.=O. §. 214, Altenb. V.=U. §. 130. Anderer Anſicht war der katholiſch gewordene Herzog von Anhalt=Köthen: Paulus, kann ein teutſcher Regent, wenn er römiſch=katholiſch wird, eine Pflicht oder Recht haben, auf eine evangeliſch=proteſt. Landeskirche unmittelbar und perſönlich als Souverain oder als oberſter Biſchof zu wirken? Zerbſt 1827.

57) Stahl a. a. O. S. 234 flg.

58) V.=U. §. 57.

59) Ueber Oeſterreich: Helfert, die Rechte und Verfaſſung der Akatholiken im öſterreichiſchen Kaiſerſtaate. Wien 1827.

ſeln würde, ſo wie für das umgekehrte Verhältniß, der weſtphäliſche Friede in dem Wahlrechte der Gemeinden u. ſ. w. ſehr umfaſſende Garantien gegeben[60]); dieſe ſind jedoch gewöhnlich nicht praktiſch geworden, ſondern es wird zumeiſt das Verhältniß der Gemeinden nach den bereits dargeſtellten allgemeinen Grundſätzen beurtheilt, und rückſichtlich des Regimentes hält man es für hinreichend, wenn den das Regiment in beiden Kirchen führenden Conſiſtorien geiſtliche Beiſitzer beider Confeſſionen beigegeben ſind. Dieſes iſt z. B. das Verhältniß im Kurfürſtenthum Heſſen, deſſen Verfaſſungsurkunde dem Landesherrn die Kirchengewalt über die evangeliſchen Glaubensparteien ausdrücklich beilegt[61]).

2) Die Conſiſtorien[62]).

Für die ſtändige Verwaltung, alſo für die Aufſicht über die Lehre und Liturgie, über die Amtsführung und den Wandel der Geiſtlichen, für die Prüfung der Bewerber um geiſtliche Aemter und die Anordnung der Ordination und Inſtitution, für die Beaufſichtigung und obere Leitung der Vermögensverwaltung, endlich für die Gerichtsbarkeit beſtehen die Conſiſtorien, welche früher bald formirte, aus geiſtlichen und weltlichen Gliedern zuſammengeſetzte Behörden, bald aber auch ſo gebildet waren, daß man die kirchlichen Verwaltungsgeſchäfte einer bereits beſtehenden weltlichen Behörde übertrug und dieſer nur geiſtliche Beiſitzer zuordnete, denen dann zugleich die Prüfungen und Ordinationen übertragen waren. In der neueren Zeit iſt jedoch das Reſſort der Conſiſtorien häufig beſchränkt worden; der Bann (die eigentlich kirchliche Gerichtsbarkeit) iſt längſt nicht mehr Theil der kirchlichen Ordnung; die Gerichtsbarkeit in Eheſachen iſt oft der oberen weltlichen, jene über kirchliches Gut und die perſönlichen Verhältniſſe der Geiſtlichen aber den Untergerichten übertragen; endlich ſind oft auch viele Gegenſtände der kirchlichen Verwaltung den weltlichen Adminiſtrativbehörden zugewieſen, denen dann geiſtliche Beiſitzer beigegeben ſind. Dann ſind alſo die Conſiſtorien, wie z. B. in Preußen, nur Behörden für die Beaufſichtigung, Leitung und Förderung des inneren kirchlichen Lebens[63]). Ob aber eine ſolche Einrichtung vor dem Begriffe der Kirche gerechtfertigt werden kann? Es ſcheint, nicht durchaus. Zwar das fordert die evangeliſche Kirche nicht, daß ſie eine Gerichtsbarkeit in weltlichen Verhältniſſen ausübe; es iſt alſo die Rückgabe derſelben an den Staat, von dem ſie gekommen, keine Beeinträchtigung ihrer Rechte. Wenn ſie aber von der Ordnung des ehelichen Lebens völlig ausgeſchloſſen, und wenn ein Theil der Ordnung ihrer eigenen

60) A. VII. §. 1. 2.

61) Kurh. V.-U. §. 134.

62) Weber, de consistorio. Arnstad. 1647. Ludovici, Einleitung zum Conſiſtorialproceß. Halle 1713.

63) Oft iſt den Conſiſtorien auch das Diſpenſationsrecht in beſtimmten Verhältniſſen (z. B. zu den Haustaufen, Haustrauungen, Eheſchließung in der geſchloſſenen Zeit oder in entfernteren Verwandtſchaftsgraden, zur Zulaſſung zur Confirmation vor dem geſetzlichen Alter u. ſ. w.) beſonders übertragen. Vgl. z. B. Spangenberg, das Territorialkirchenrecht des Königr. Hannover, in Lippert's Annalen Bd. 3, S. 16, großh. heſſ. Edict v. 6. Juni 1832, in Weiß, Archiv Bd. 3, S. 224 u. A.

Verhältniſſe an Behörden überwieſen wird, deren Zuſammenſetzung zunächſt für dieſen Zweck nicht berechnet iſt, ſo muß ſie dieſes als eine Verletzung ihres Begriffes als einer individuellen Lebensordnung beklagen. Von dieſem Standpunkte iſt z. B. das Verhältniß in Preußen zu beurtheilen, wo die äußeren Kirchenangelegenheiten nach einem ſehr weiten Begriffe (Beſetzung der landesherrlichen Patronatſtellen, Aufrechterhaltung der äußeren Kirchenzucht, Beobachtung der Amtsführung der Geiſtlichen u. ſ. w.) von den Provinzialregierungen reſſortiren [64]).

Eine beſondere Art der Conſiſtorien ſind die Behörden, in denen die Standesherren und ſtädtiſchen Magiſtrate beſtimmte Rechte des Regimentes ausüben. Dieſe entſtanden, ſo viel die letzteren anlangt, dadurch, daß die Reformatoren die Aufforderung zur Einführung der neuen kirchlichen Ordnung an die Inhaber der Landeshoheit, aber ebenſo auch an die magistratus politici richteten, und daß dieſem Rufe viele Obrigkeiten Folge leiſteten, indem ſie von den Reformatoren Kirchenordnungen abfaſſen ließen und unter ihrer Autorität publicirten, und der Beſtellung des Lehramtes, der Gerichtsbarkeit in Eheſachen und der kirchlichen Vermögensverwaltung ſich annahmen. Später, als ſich die ſtädtiſchen Verhältniſſe änderten, gingen die meiſten dieſer Rechte auf die Landesherren über; oft aber blieb die Gerichtsbarkeit in Eheſachen und über die Geiſtlichen in erſter Inſtanz, ein Verhältniß, das ſich oft z. B. in Hannover [65]) findet. — Die Glieder des Herrenſtandes übten urſprünglich ganz daſſelbe Recht, auf deſſen Grundlage die Landesherren das Episcopalrecht erwarben. Mit ihrer Unterordnung unter die Landeshoheit machte ſich das letztere auch hier inſofern geltend, als die ſogen. Reſervate auf die Landesherren übergingen. Jenen blieb aber oft die Verwaltung, die ſie in ſogen. Mediatconſiſtorien in Unterordnung unter die landesherrlichen Conſiſtorien [66]), ſeltener die unmittelbar vortragenden Behörden ausübten. Die Bundesacte hat den Standesherren die Aufſicht in Kirchen-, Schul- und Stiftungsſachen beſtätigt [67]), und ſpäter iſt ihnen oft in den einzelnen Ländern das Recht zur Beſtellung von Unterconſiſtorien ausdrücklich zugeſtanden, und das Verhältniß derſelben zu den landesherrlichen Behörden näher beſtimmt worden [68]).

---

64) Cab.-O. v. 31. Dec. 1825 vgl. mit der Inſtruction v. 23. Oct. 1817. Fürſtenthal, Sammlung der Kirchengeſetze Bd. 2, S. 368. — Ueber die heutigen Verhältniſſe im Königr. Sachſen: Verordn. v. 10. Apr. 1835 im Codex des ſächſ. K.-R. S. 395. — Für das Großh. Heſſen das in der vor. Anm. angef. Edict u. a.

65) Spangenberg a. a. O. S. 30.

66) Vgl. über das Stolbergiſche Conſiſtorium in der Grafſchaft Hohenſtein den angef. Spangenberg S. 29, und über das Schönburgiſche Conſiſtorium zu Glauchau die Receſſe v. J. 1745 und 1835 im Codex des ſächſ. K.-R. S. 452 flg.

67) Art. XIV.

68) Vgl. die bei Vollgraff, die teutſchen Standesherren, abgedruckten Edicte für Bayern, Preußen (wo den Mediatconſiſtorien die den Provinzialregierungen eignenden Rechte überlaſſen ſind) und das Großh. Heſſen. Das neueſte Beiſpiel bietet das kurheſſ. Edict v. 29. Mai 1833, §. 22. In Baden (Edict

3) Die Superintendenten [69]).

Die Behörden, durch welche das kirchliche Leben unmittelbar beaufſichtigt wird, ſind die Superintendenten (Inſpectoren, Pröpſte, Metropolitane, Decane, Erzprieſter, Senioren), deren Wirkungskreis nach der Entwickelung der Conſiſtorialverfaſſung ſich näher ſo geregelt hat, daß er die in den Viſitationen bethätigte Aufſicht über den Wandel und die Amtsführung der Geiſtlichen, über die religiöſen und ſittlichen Zuſtände der Gemeinde, über die Verwaltung des Kirchengutes, ſo wie beſtimmte kirchliche Handlungen, die Ordinationen und Inveſtituren der neuangeſtellten Geiſtlichen, die gütliche Ausgleichung der Streitigkeiten zwiſchen den Pfarrern und den Gemeinden, die Regulirung zwiſchen den Erben verſtorbener Geiſtlichen und den Amtsnachfolgern, die Ertheilung der licentia concionandi, oft auch die Ertheilung gewiſſer untergeordneter Dispenſationen, begreift. Dagegen gehört jetzt faſt nirgends mehr die Gerichtsbarkeit in den Kreis ihrer Berechtigung [70]). In Beziehung auf das Verhältniß der Superintendenten zu den Pfarrern und Gemeinden hat die Territorialgeſetzgebung verſchiedene Geſtaltungen entwickelt; gewöhnlich gibt es zwiſchen beiden keine vermittelnde Behörde, wie in Preußen und Sachſen; zuweilen ſind aber auch für eine untergeordnete Aufſicht noch andere Geiſtliche beſtellt, wie in Kurheſſen die Metropolitane, in Mecklenburg die Pröpſte. Auf der anderen Seite fand ſich aber früher in manchen Ländern auch die Einrichtung, daß ein Generalſuperintendent über mehrere Diöceſen die Aufſicht führte. Dieſes iſt noch jetzt in manchen Ländern, in Preußen, Württemberg, Braunſchweig u. a., der Fall; die Generalſuperintendenten bilden jedoch keine Zwiſcheninſtanz, ſondern ſie ſind Mitglieder der Conſiſtorien, und ihre Beſtimmung iſt nur, überall da thätig zu werden, wo es perſönlicher Anſchauung und unmittelbarer Einwirkung bedarf [71]). Die Beſtellung der Superintendenten iſt ein landesherrliches Reſervat, und nur ausnahmsweiſe beſteht, wie in manchen Theilen Kurheſſens, ein Wahlrecht der Pfarrer [72]). Regelmäßig iſt bei ihr der leitende Geſichtspunkt dieſer, daß der Superintendent ſelbſt Pfarrer einer größeren Gemeinde ſein ſolle.

---

v. 16. Apr. 1814) und Württemberg (v. Mohl, Staatsrecht Bd. 1, S. 488) iſt den Standesherren das Recht zur Errichtung von Unterconſiſterien abgeſprochen.

69) Vgl. z. B. für Preußen: Schmidt, der Wirkungskreis und die Wirkungsart des Superintendenten, Quedlinb. 1837, für das Großh. Heſſen: Inſtr. v. J. 1832 bei Weiß, Archiv Bd. 3, S. 233. Die reformirten Kirchen haben das Amt der Inſpectoren mit ganz gleicher Bedeutung, z. B. in Heſſen, Hannover u. a.

70) In Württemberg bilden die Decane mit dem Oberamtsrichter die erſte Inſtanz in Eheſachen. v. Mohl, Staatsrecht Bd. 2, S. 466.

71) Preuß. Inſtruction für die Generalſuperintendenten vom 14. Mai 1829 bei Fürſtenthal, Bd. 1, S. 487 flg. — Auguſti, über das Amt eines Generalſuperintendenten, Beitr. zur Geſch. und Statiſt. der evang. Kirche S. 788 flg.

72) Ledderhoſe, kurheſſ. K.-R. S. 33.

4) Die Theilnahme der Gemeinden und der Kirche am Regiment.

a) Die Gemeinden.

Schon oben konnte es als eine Eigenthümlichkeit der evangeliſchen Kirche bezeichnet werden, daß ſie, abweichend von dem Princip des Katholicismus, die Gemeinden als ſelbſtſtändige, zur Theilnahme an dem Regimente berechtigte Corporationen auffaßt. Zugleich ſahen wir, daß die letztere insbeſondere bei der Berufung des Lehramtes und der Ausübung der Zucht, ſo wie bei der Vermögensverwaltung ſich bethätigen ſollte. In allen dieſen Angelegenheiten hat jedoch eine unkirchliche Richtung zur Verkümmerung des kirchlichen Gemeindelebens geführt. Die Kirchenzucht iſt oft in Vergeſſenheit gerathen, das Recht des Widerſpruches gegen die Perſon, die Lehre und den Wandel eines deſignirten Geiſtlichen, welches zeitig ſchon an die Stelle des Wahlrechtes getreten, wird oft nicht mehr, oder doch nur als bloße Form ausgeübt, und auch die Mitwirkung bei der Verwaltung des Vermögens trat nur inſofern hervor, als den Gemeinden die Wahl der Adminiſtratoren, Kirchväter, Proviſoren, Altarleute u. ſ. w. zuſtand. Aus dieſer Geſtaltung iſt es dann weiter zu erklären, daß regelmäßig die Gemeinden früher nicht beſonders organiſirt waren. In der neueren Zeit ſind aber dieſelben in manchen Ländern in ihre urſprünglichen Rechte wieder eingeſetzt und es ſind beſondere Kirchencollegien, Presbyterien, Kirchenconvente als ihre Vertreter beſtellt worden, die ſich bald durch Cooptation ergänzen, bald frei gewählt werden, und an deren Spitze der Pfarrer ſeine nothwendige Stelle hat [73]). Wo dieſe Einrichtung nicht beſteht, werden die Gemeinden durch die ſelbſtſtändigen männlichen Mitglieder in den bezeichneten Verhältniſſen vertreten. Dagegen entſpricht es dem Princip nicht, wenn die bürgerliche Gemeindebehörde, wie in Sachſen [74]), als Repräſentantin der kirchlichen Intereſſen betrachtet wird, weil ſie zunächſt nach ganz anderen Geſichtspunkten als dem der kirchlichen Qualification gebildet werden.

b) Die Kirche.

Die Theilnahme der Kirche am Regiment ſoll, wie wir bereits früher in Uebereinſtimmung mit den meiſten Kirchenrechtslehrern bemerk-

---

73) Vgl. für Baden die oben Anm. 52) angeführten Schriften; für das Großh. Heſſen: Edict v. 6. Juni 1832, bei Weiß, Archiv Bd. 3, S. 252; für Naſſau: Edict v. 1. Apr. 1818, Otto, naſſ. K.-R. S. 254 flg.; für die preuß. Rheinprovinzen und Weſtphalen: K.-O. v. J. 1835; für Württemberg: Conſiſtorialerlaß v. 29. Oct. 1824, bei Eiſenlohr a. a. O. Bd. 2, S. 650 flg.; für Rheinbayern: Brendel, K.-R. S. 498 flg. In Bayern dieſſeits des Rheins iſt die Einführung der Presbyterien an dem Widerſpruche der Kirche geſcheitert. Lehmus, Entwurf einer Presbyterialverfaſſung. Nürnb. 1821. Kaiſer, über die Presbyterien. Erl. 1822. Fuchs, die Einführung der Kirchenvorſtände (Nürnb. 1822) u. A. Ueber die durch Reſcr. v. 2. Jan. 1817 in Preußen angeordneten Kirchenvorſtände: Schleiermacher, über die für die prot. Kirche des preuß. Staates einzurichtende Synodalverfaſſung. Berlin 1817. — Ueber die heſſiſchen Presbyterien, welche ſchon ſeit der Ordnung der chriſtl. Kirchenzucht v. J. 1539 beſtehen: Ledderhoſe S. 14, 38 flg.

74) Nach der Landgemeindeordnung v. 7. Nov. 1838 im Codex des ſächſ. K.-R. S. 493.

ten, bei der Veränderung der Lehre, der Liturgie und der Verfaſſung ſich bethätigen. Regelmäßig iſt aber die Kirche für dieſe Seite ihres Wirkens nicht beſonders organiſirt worden, ſondern man hielt es für hinreichend, aus dem Stillſchweigen der Gemeinden auf ihre Zuſtimmung zu den von dem Regiment beſchloſſenen Einrichtungen zu folgern. Es liegt am Tage, wie wenig Sicherheit dieſer Maßſtab gewähre, der zunächſt nur in der religiöſen Erſchlaffung der Gemeinden ſeine Begründung findet. Dieß iſt denn auch in der neueren Zeit lebendig erkannt, und bereits iſt der Kirche in manchen Ländern eine Repräſentation durch Synoden verliehen worden, deren Beſtimmung es iſt, von der Ordnung des kirchlichen Lebens Kunde zu nehmen, Anträge an das Regiment zu bringen und über die von dieſem beſchloſſenen Einrichtungen zu berathen [75]). Eine ſolche Verfaſſung ſetzt aber, als Grundlage, eine Organiſation der Gemeinden weſentlich voraus. Dagegen können Synoden des Lehrſtandes nicht als eine Befriedigung der Anſprüche der Kirche betrachtet werden [76]), da das evangeliſche Princip keine Repräſentativkirche im Sinne des Katholicismus kennt, und ebenſo wenig iſt es zuläſſig, daß die Kirche durch die Landſtände vertreten wird. Dieſen kommt nach der beſonderen Verfaſſung, nur zu der aus dem Majeſtätsrechte hervorgehenden Geſetzgebung, ſo wie bei der Ordnung der Verhältniſſe, welche die evangeliſche Kirche, wie die Gerichtsbarkeit über das Kirchengut u. a., ein Recht der Mitwirkung zu, und dann iſt ihre Zuſtimmung zur Veränderung der unter den Schutz des Staates geſtellten Verfaſſung der Kirche erforderlich. Durch die letztere wird jedoch die Zuſtimmung der Kirche nicht erſetzt, ſondern dieſe muß durch eine Synode oder durch die große Mehrzahl der Gemeinden erklärt werden. Endlich iſt noch einer Richtung zu gedenken, die den Synoden nicht nur die Theilnahme an der Geſetzgebung, ſondern auch die ſtändige Verwaltung unter völliger Ausſchließung der Landesherren vindicirt [77]). Dieſe entſpricht einer neueren Beſtrebung im Gebiete des Staatslebens und wird wie dieſe durch die Geſchichte gerichtet. R.

Execution, Executionsverfahren [1]). **I.** Einleitung. **Obligatio iudicati.** Das am Schluſſe des Prozeſſes zu ſprechende

75) In Bayern dieſſeits und jenſeits des Rheins (Fuchs, Zuſtand der prot. Kirche in Bayern. Ansb. 1830), in Baden, vgl. o. Anm. 52), in Rheinpreußen und Weſtphalen nach der K.=O. v. J. 1835, hier mit ſehr umfaſſender Berechtigung. Ueber die im J. 1817 angeordneten Kreis= und Provinzialſynoden ſ. d. Anm. 70) angeführte Schrift von Schleiermacher.

76) Darum iſt die Synode in Württemberg, welche durch den Zutritt der Generalſuperintendenten zu dem Conſiſtorium gebildet wird (Eiſenlohr a. a. O. Einl. §. 35, 62, 91), keine Repräſentation der Kirche.

77) Rettig, die freie Kirche. Gießen 1832. — Ein raiſonnirendes Verzeichniß der zahlreichen, die Reformation der Verfaſſung beantragenden Schriften enthalten die erſten Bände des Repertoriums von Rheinwald.

1) Literatur: Joh. Bapt. Asinii tract. de executionib. Venet. 1589. J. Carlier, de executione rei iud. Herbip. 1737. Romani, de execut. Lips. 1674. J. O. Tabor, de exec. rei iud. Giess. 1661. Ramos del Manzano ad tit. de re iud. curae secundae. Meer-

Bayerische Staatsbibliothek München

Urtheil hat nicht geradezu Rechte zu ſchaffen oder zu vernichten, ſondern nur die Exiſtenz oder Nichtexiſtenz der Rechte declaratoriſch auszuſprechen [2]). Das rechtskräftige Urtheil iſt daher das Ende des Streites [3]), und der obſiegende Kläger ſowohl, als der verurtheilte Beklagte kann gegen einen abermaligen Anſpruch mittelſt der exceptio rei iudicatae entweder die Zerſtörung des früheren Verhältniſſes, oder deſſen durch das Urtheil feſtgeſtelltes poſitives Reſultat geltend machen.

Außerdem kann aber auch der ſiegende Kläger mit der actio iudicati die neubegründete Obligation auf iudicatum facere oportere verfolgen, und Vollſtreckung des geſprochenen Urtheiles gegen den Beklagten fordern [4]), ſofern derſelbe nicht gezahlt oder ſich auf andere Weiſe mit ihm abgefunden hat [5]). Wo durch das Urtheil unmittelbar Rechte conſtituirt werden, wie durch die adiudicatio in Theilungsprozeſſen, oder bei Klagen, welche — wie die Präjudicialklagen [6]) —, nicht auf Verurtheilung eines beſtimmten Gegners, ſondern nur auf vorläufige Entſcheidung einer jetzt in Unterſuchung begriffenen Frage gerichtet ſind, kommt eine ſolche Vollſtreckung natürlich nicht vor.

Um nun die Lehre von der Execution vollſtändig zu erkennen, iſt es nöthig, ſich das Verhältniß des Rechtes ſelbſt zu der gerichtlichen Geltendmachung und Vollſtreckung deſſelben zu vergegenwärtigen. Im römiſchen Rechte der claſſiſchen Zeit ſteht alles dieſes mit einander im engſten Zuſammenhange; jede Verurtheilung muß auf baares Geld lauten, und die actio iudicati iſt immer auf eine beſtimmte Geldſumme gerichtet [7]). Bei den arbiträren Klagen, alſo namentlich bei allen dinglichen Klagen, erfolgt dieſe Verurtheilung auf Geld, auf quanti ea res est, erſt alsdann, wenn der Beklagte dem Reſtitutions- oder Exhibitionsbefehle nicht nachkommt. Dieſe arbiträre Natur konnte auch manchen nicht arbiträren Klagen, wenn es bei ihnen — wie beim Depoſitum und Commodatum — auf das Reſtituiren einer Species ankommt, durch Ertheilung einer formula in factum concepta beigelegt werden [8]). Bei

---

mann, thes. 7. pag. 115 sq. Anton Faber, error. pragm. decas LVI. Mittermaier, der gemeine deutſche bürgerliche Prozeß in Vergl. mit dem preußiſchen und franzöſiſchen Civilpr. u. ſ. w. Beitrag III, §. VI.

2) L. 8. §. 4. D. si servit. vindic. (8. 5.) L. 35. §. 1. D. de rei vindic. (6. 1.)

3) L. 1. D. de re iudic. (42. 1.)

4) L. 35. D. de noxalib. act. (9. 4.) L. 4. §. 3. 6. 7. D. de re iud. (42. 1.) Keller, von der Litisconteſtation §. 24, 25, 27.

5) L. 4. §. 3. D. de re iudic. (42. 1.)

6) Schilling, Inſtit. Bd. 2, S. 348. Bei dinglichen Klagen verhält ſich die Entſcheidung über die Zuſtändigkeit des Rechtes ſelbſt als Präjudicialpunkt für die in der Condemnation auszuſprechende Reſtitutionspflicht. L. 7. 12. L. 8. §. 4. D. si servit. vindic. (8. 5.) Brakenhoeft, die Identität der Rechtsverhältniſſe (Göttingen 1839), S. 226.

7) Caius IV. §. 48. L. 4. §. 3. D. h. t. L. 37. §. 6. D. de operis lib. (38. 1.)

8) Caius IV. 47. Rhein. Muſeum Bd. 6, S. 34, 35. Zimmern, römiſcher Prozeß S. 212.

Bayerische Staatsbibliothek München

allen übrigen perſönlichen Klagen lautet, wenn eine obligatio certa zum Grunde liegt und auf certa pecunia geklagt wird, die Condemnation auf dieſe, wenn aber auf certa res geklagt wird, auf den einfachen Werth der Sache (quanti ea res est) zur Zeit der Litisconteſtation. Wenn eine obligatio incerta zum Grunde liegt — namentlich alſo bei allen zweiſeitigen bonae fidei Geſchäften — geht die Condemnation auf das nach Abrechnung der Anſprüche und Gegenanſprüche bleibende Reſultat, quidquid adversarium ex b. f. dare, facere oportet.

Die Vollſtreckung des Judicates geſchieht dann auf Anrufen des Klägers nicht vom iudex, ſondern vom magistratus [9]), und wenn der Beklagte Einwendungen erhebt oder leugnet, ſo wird die Anordnung eines neuen iudicium für die actio iudicati nöthig, welche nach älterem Rechte auf das Doppelte geht [10]). Unmittelbare Zwangsmittel werden jedoch regelmäßig nicht angewendet; ſie gelten als extraordinaria executio, für eine Anomalie (incivile) [11]). Die Executionsmittel ſind vielmehr die Zuſprechung des Beklagten in die Schuldknechtſchaft, und die missio in bona, ſelbſt für einen einzelnen Gläubiger [12]), wodurch dieſer zur Detention und custodia der ſchuldneriſchen Güter, ſo wie zu deren Verkauf in Folge des entſtandenen prätoriſchen Pfandrechtes befugt ward [13]).

Dieſes ſtreng conſequente Syſtem des römiſchen Prozeſſes, welcher auf der Idee der Umwandlung der älteren Verpflichtung in eine neue ſtrengere auf baares Geld gerichtete beruhte, löſte ſich nach und nach auf. Der nächſte Schritt zu dem neueren Zuſtande war vielleicht die unmittelbare Vollſtreckbarkeit des arbitrii de restituendo durch Wegnahme der in Rede ſtehenden Sache vom Beklagten, und Ablieferung derſelben an den Kläger [14]), dann aber kam die Anſicht ab, daß der Geſammtinhalt der ſtreitigen Geſchäfte in eine Geldcondemnation aufgelöſt werden müſſe, und einzelne Anſprüche auf beſtimmte Summen und Sachen von dieſem Geſammtinhalte nicht zu trennen ſeien. Statt jener alten Idee des Prozeſſes bildete ſich die neue aus, daß der Staat durch Gerichtsbehörden Privatrechte ſchütze, und mittelſt reeller Zwangsmit-

---

9) L. 15. pr. D. h. t. Doch pflegte der Prätor die Leitung der Execution und Entſcheidung etwa vorher nöthiger Liquidationen einem Commiſſarius, arbiter oder executor, zu übertragen. L. un. §. 1. C. Th. de litig. (4. 5.) L. 3. §. 8. D. de neg. gest. (3. 5.) L. 48. D. de solut. (46. 3.) L. 7. D. de confessis. (42. 2.) L. 6. 8. C. de exec. rei iud. (7. 53.)

10) Paulli sent. rec. I. 19. 1. Haſſe, im rhein. Muſeum Bd. 6, S. 56 flg.

11) L. 1. §. 2. D. si ventris nomine. (25. 5.) L. 23. §. 3. D. quod metus causa. (4. 2.) Brisson., sel. antiquit. IV. nr. 2.

12) Bethmann-Holweg, Prozeß des ſinkenden röm. Reiches S. 305. L. 6. §. 2. D. h. t.

13) Rechtslexikon Bd. 2, S. 279 flg., 343 flg.

14) L. 68. D. de rei vind. (6. 1.) L. 7. C. de execut. rei iud. (7. 53.) cf. rhein. Muſ. Bd. 6, S. 27. Bethmann-Holweg l. c. S. 331. — Früher hat man die L. 68. cit. von Ulpian oft für interpolirt gehalten. Faber. coniect. 16. 17. und errores 89. err. 4. Bethmann-Holweg, Verſuche S. 58.

tel zur Erfüllung jeder einzelnen Obliegenheit nöthige. Man klagte und condemnirte alſo, wie heut zu Tage, auf einzelne Leiſtungen, mochten ſie nun in Zahlungen, Leiſtung von Handlungen oder Herausgabe von Sachen beſtehen[15]), und daneben ward die pignoris capio, Auspfändung, welche zuerſt nur als Zwangsmittel zur Erfüllung öffentlicher Pflichten[16]), dann aber bei der extraordinaria cognitio[17]) gebräuchlich war, das gemeinhin übliche Executionsmittel, ſo daß die missio in bona als Executionsmittel wegen einzelner Forderungen außer Gebrauch gekommen ſein wird. — Als das römiſche Recht ſich nach Teutſchland verpflanzte, vereinigten ſich ſeine Beſtimmungen in der vorliegenden Materie mit denen des teutſchen Rechtes. Nach der älteren teutſchen Gerichtsverfaſſung lag die Vollſtreckung der Urtheile nicht den Urtheilsfindern, ſondern dem das gerichtliche Verfahren leitenden Beamten ob[18]), der nach dem Rechte des Sachſenſpiegels die Auspfändung, oder die Befrohnung und den Verkauf unbeweglicher Güter durch den Frohnboten verfügte[19]). Nach dem Untergange der Schöffenverfaſſung vereinigte ſich die Befugniß zum Urtheilen und zum Vollziehen in einer Perſon, und man betrachtete die Executionsverhandlung geradezu als Theil oder beſondere Inſtanz des ganzen Prozeſſes[20]). Aus den dürftigen Beſtimmungen der fremden Rechte bildeten ſich dann unter Einwirkung teutſcher Gewohnheiten, der Praxis und der Particulargeſetzgebungen diejenigen Sätze über die Hilfsvollſtreckung aus, welche man heut zu Tage als die gemeinrechtlichen betrachten darf. Die teutſchen Reichsgeſetze ſind aber keine Quelle für dieſe Lehre, denn während in den älteren Reichsgeſetzen noch die Acht und die damit verbundene Beſchlagnahme der Güter des Geächteten als Executionsmittel gilt[21]), iſt in den neueren Anordnungen Acht und Bann in Civilſachen abgeſchafft, und blos auf die civilia coercendi et compellendi media verwieſen[22]).

Sonach bildet denn namentlich in Anſehung der Natur der Verpflichtung aus dem Urtheile das neuere römiſche Recht die Grundlage des heutigen Rechtes. Von der logiſchen Conſequenz und Zweckmäßigkeit des Formularprozeſſes ſind dabei nur einzelne Spuren übrig geblieben: die darin zu Tage liegende Anſicht vom Zuſammenhange des Rechtes ſelbſt mit dem Prozeſſe aber war ſchon zu Juſtinians Zeiten verloren gegangen, und man betrach-

---

15) L. 31. 32. J. de actionib. (4. 6.) L. 17. C. de fideic. libert. (7. 4.) L. 14. C. de sentent.

16) Z. B. L. 1. pr. D. de adm. tut. (26. 7. §. 3.) J. de satisd. tut. (1. 25.) L. 14. §. 2. D. de religios. (11. 7.) L. 9. D. de munerib. (50. 4.) L. 1. §. 1—2. D. de via publ. (43. 10.)

17) L. 31. D. h. t. L. 5. §. 10. D. de agnosc. vel. al. lib. (25. 3.)

18) Lex Salic. tit. 53. cap. 3. tit. 59. lex Rip. tit. 32. cap. 3.

19) Sachſenſpiegel B. 1. A. 53. A. 70. B. II. A. 41. Hauſchild, Gerichtsverfaſſung der Deutſchen §. 44 flg.

20) Mittermaier, Prozeßvergl. Beitr. Bd. 3, S. 157 flg.

21) C.=G.=O. v. 1521, tit. 31. C.=G.=O. v. 1555, Thl. 3, tit. 48.

22) Reichsabſchied v. 1654, §. 159 flg. Wahlcap. Karl 6. 8, 20. Karl 7. art. 20. §. 11. cf. Visit. Abſch. v. 1713, §. 83.

tete den letztern — etwa wie in der jetzigen Zeit — nur als den formellen Gang der Rechtsverhandlung, ohne in ſeinen Formen den innigen Zuſammenhang mit dem Rechte ſelbſt zu erkennen. Jene obligatio iudicati enthält nun eine wahre Novation der früheren Verbindlichkeit[23]), wobei jedoch die Acceſſorien der letzteren nicht mit vernichtet werden[24]). Die neue nun unmittelbar vollſtreckbare Obligation iſt (im neueren Rechte) auf certa res oder certa pecunia gerichtet[25]). Die Klage daraus kann ſowohl von den Erben des Siegers, als gegen die Erben des Verurtheilten angeſtellt werden[26]) und dauert dreißig Jahre[27]). Wegen der formalen Selbſtſtändigkeit dieſer neuen Obligation[28]) iſt es dabei gleichviel, ob der Verurtheilte der eigentliche Schuldner iſt, oder ein Dritter, der ſich für ihn auf den Streit einließ[29]). Iſt der Prozeß durch Stellvertreter geführt, ſo findet aus der Prozeßführung des Vormundes und des actor einer Corporation die actio iudicati für und gegen den Pupillen und die Corporation ſtatt[30]). Iſt durch Procuratoren prozeſſirt, ſo muß die Sentenz auf deren Namen gefaßt werden[31]), was nach den Reichsgeſetzen nur alsdann nöthig iſt, wenn die Partei ſelbſt vor Abfaſſung des Urtheiles geſtorben iſt und ihre Erben noch nicht in den Prozeß eingetreten ſind[32]). Nach römiſchem Rechte erwarb nur der cognitor die actio iudicati direct für oder gegen die Partei[33]); rückſichtlich des Procurators befolgte man lange Zeit den Grundſatz, daß das Rechtsverhältniß aus der res iudicata nur für dieſen, nicht für den dominus begründet ſei, jedoch wurde die actio iudicati utiliter für und gegen die Partei ſelbſt zugelaſſen[34]). Nach den heutigen Anſichten aber begründet das Urtheil nur für den dominus und nicht für den Procurator Rechte und Verbindlichkeiten. Die actio iudicati kann von dem durch einen Procurator vertretenen Kläger und gegen den durch einen Procurator vertretenen Beklagten unmittelbar angeſtellt werden[35]), und wenn

23) Keller, Litisconteſt. u. Urtheil §. 24—31.

24) Keller l. c. S. 99 flg. L. 11. pr. D. de pign. act. (13. 7.) L. 13. §. 4. D. de pignor. (20. 1.) L. 35. D. de usur. (35. 1.)

25) §. 32. J. de action. (4. 6.) L. ult. §. 1. Cod. de usur. rei iud. (7. 54.) — verbis: pecunias vel res in cond. positas.

26) L. 6. §. 3. D. h. t. Mevius, dec. VIII. dec. 136.

27) L. 6. §. 3. cit. Archiv für civ. Praxis Bd. 6, Nr. 17. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 7, Nr. 116.

28) L. 3. §. 11. D. de pecul. (15. 1.)

29) L. 23. D. de solut. (46. 3.) L. 10. §. 1. D. de in rem verso. (15. 3.)

30) L. 4. §. 2. D. h. t. L. 11. §. 7. D. de exc. rei. iud. (44. 2.) L. 2. pr. D. de admin. tut. (26. 7.) L. 7. D. quando ex facto tut. (26. 9.) L. 6. §. 3. D. quod cuiusque univ. nomine. (3. 4.)

31) L. 1. C. de sent. (7. 45.)

32) Dep.-Abſch. v. 1600, §. 73. J. R. A. v. 1654, §. 99. Böhmer, J. E. P. I. tit. 38. §. 44.

33) Fragm. Vat. §. 317.

34) L. 27. §. 1. L. 28. D. de procurat. (33. 3.) Fragm. Vat. §. 331. L. 1. C. Th. de cognit. (2. 12.)

35) Bethmann-Holweg, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozeſſes S. 243.

man heut zu Tage das Urtheil noch auf den Namen des Procurators faſſen ſollte, würde dieß nur eine leere Form ſein. Iſt durch Bürgen eine cautio iudicatum solvi beſtellt, ſo kann das in der Hauptſache ergangene Urtheil nicht — wie oft behauptet wird[36]) — unmittelbar, ſondern nur in Folge der Anſtellung der actio ex stipulatu gegen die Bürgen vollſtreckt werden. Wegen der Delicte eines Hausſohnes kann dieſer ſelbſt ausgeklagt, und alsdann die actio iudicati de peculio gegen den Vater gerichtet werden[37]). — Sonſt aber iſt es durchgängige Regel, daß die Folgen des Urtheiles mittelſt der actio iudicati nur unter den Parteien ſelbſt geltend gemacht werden können[38]). Von einem Uebergange der actio iudicati auf oder gegen Singularſucceſſoren iſt daher überhaupt nicht die Rede. — Eine Ausnahme wird gewöhnlich in Anſehung veräußerter litigiöſer Sachen gemacht[39]). Die ſich für die Hilfsvollſtreckung in einem ſolchen Veräußerungsfalle ergebenden Modificationen ſind folgende. Bei perſönlichen Klagen iſt mit der Beſchränkung der Wirkungen der res iudicata auf die Parteien das Intereſſe des Klägers vollkommen gewahrt. Bei dinglichen Klagen aber kann, ſofern der Beklagte das Streitobject nach dem Beginne des Prozeſſes veräußert, die Lage des Klägers verſchlimmert werden, indem er von dem den Reſtitutionsbefehl nicht befolgenden Beklagten nur das Intereſſe erlangen kann, ſeiner auf Herausgabe der Sache ſelbſt gegen deren jetzigen Beſitzer aber gerichteten Klage die exceptio rei in iudicium deductae oder rei iudicatae entgegenſtehen würde[40]). Dieſerhalb war die Alienation litigiöſer Sachen verboten, wobei nach älterem Rechte, namentlich einem Edicte von Auguſtus[41]), unbedingte Nichtigkeit der Alienation[42]), nach Juſtinianiſchem Rechte[43]) aber nur eine Reſciſſion derſelben angenommen werden kann. Im älteren Rechte war die wichtigſte Folge davon die, daß der Empfänger der Sache ſich gegen den Kläger nicht auf die exceptio rei in iudicium deductae berufen konnte[44]); an eine Vollſtreckung des Urtheiles gegen den dritten Beſitzer war aber nicht zu den=

---

36) Voet. comm. ad P. II. tit. 8. §. 17. Mevius, dec. VIII. dec. 378. Bayer, Vorträge u. ſ. w. S. 549. L. 1. D. iudic. solvi. (2. 8.) L. 27. §. 1. D. de proc. (3. 3.) L. 3. §. 1. C. de usur. rei iud. (7. 54.) Faber, error. dec. 85. err. 3.

37) L. 34. 35. D. de noxalib. act. (9. 4.) L. 3. §. 11. 12. D. de peculio. Faber, error. pragmat. dec. 78. err. 3. u. 4.

38) L. 2. Cod. quib. res iud. non noc. (7. 56.)

39) Mevius, dec. VIII. dec. 380. Faber, Cod. def. 7. 20. def. 7. Bayer, Vorträge über den Civilprozeß S. 231, 232, 549.

40) Schmid, diss. de litigiosar. rerum alien. (Jenae 1840.) pag. 4—8.

41) Frag. vet. J. de iure fisci §. 8.

42) Schmid l. c. pag. 19—38. (cf. Mühlenbruch, von der Ceſſion §. 29.)

43) L. 1. C. de praescr. longi temp. (7. 33.) Paulli sent. rec. V. tit. 2. §. 5. L. 3. 4. C. de litig. (8. 37.) L. un. C. Th. de litigiosis. (4. 5.)

44) Schmid l. c. pag. 27.

ken, denn das Urtheil erfolgte — nach der Natur der arbiträren Klagen — erſt alsdann, wenn dem Reſtitutionsbefehle nicht Folge geleiſtet war, und zwar auf die erhärtete litis aestimatio; dem Kläger blieb daher, wenn ihm an der Erlangung der Sache ſelbſt lag, nichts übrig, als gegen den Empfänger eine beſondere Klage anzufangen. Anders verhielt ſich die Sache, als im ſpäteren Rechte der Reſtitutionsbefehl mit dem auf Herausgabe der Sache ſelbſt lautenden Urtheile zuſammenfiel und die exceptio rei in iudicium deductae abkam. Nun konnte der Kläger ſofort nach geſchehener Veräußerung auf deren Reſciſſion antragen, ſo daß die Sache zu dem Veräußerer zurückgebracht werden mußte, und er, um zu ſeinem Zwecke zu gelangen, nur den Prozeß mit dem Beklagten durchzuführen hatte. Hat er in dieſem Prozeſſe bereits ein Urtheil erwirkt, ſo wird gewiß bei dem Reſtitutionsverfahren der Umweg einer Zurückgabe an den Beklagten vermieden, und die Auslieferung an den Kläger direct verfügt[45]). Das canoniſche Recht[46]) hat dieſelben Grundſätze angenommen, und inſonderheit im cap. 10. X. de const. (1. 2.) in den partibus decisis — unverkennbar mit Beziehung auf L. 4. C. de litig. (8. 37.) — dem Kläger die Befugniß eingeräumt, entweder de vitio litigiosi contractus, oder de proprietate zu klagen. Zunächſt geht alſo das Reſciſſionsverfahren gegen den jetzigen Beſitzer nur auf Reſtitution der Sache an den Beklagten, und nur wenn gegen dieſen ſchon ein vollſtreckbares Urtheil vorliegen ſollte, auf Reſtitution an den Kläger. — Was die gegen die obligatio iudicati geltend zu machenden Einreden betrifft, ſo ſind, da es nur darauf ankommt, an iudicatum sit[47])? auch nur ſolche Einreden zuläſſig, welche ein Erlöſchen der Pflicht ex iudicato betreffen[48]), von den gegen die urſprüngliche Verbindlichkeit gerichteten aber nur die ſogen. privilegirten Einreden, die exc. SC. Macedoniani, compensationis, benef. competentiae und cedendarum actionum[49]). Nach geſprochenem Urtheile iſt dem Beklagten eine Friſt zur freiwilligen Erfüllung zu geben, die urſprünglich dreißig Tage, dann zwei Monate und endlich vier Monate betrug[50]), nach canoniſchem Rechte aber nach Billigkeit zu beſtimmen iſt[51]). Während dieſer Zeit zahlt der

---

45) L. 1. C. Th. de revoc. don. (8. 13.) verb.: ut vindicationis habeat effectum. Schmid l. c. pag. 34. 35. 54. L. un. C. Th. de litigiosis. (4. 5.) verb.: tanquam nihil factum sit lite nihilominus peragenda. L. 4. C. J. de litigiosis. (8. 37.) verb.: compellendum non tantum rem redhibere.

46) Causa 11. quaest. can. 50. cap. 10. X. de constitut. (1. 2.) woraus cap. 3. u. 4. X. ut lite pendente (2. 16.)

47) L. 1. pr. D. quae sent. sine appell. (49. 8.) L. 75. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 56. D. h. t. L. 2. Cod. sent. rescindi non posse. (7. 50.)

48) L. 7. D. h. t. L. 1. Cod. de re iud. (7. 52.)

49) L. 11. D. de SC. Maced. (14. 6.) L. 16. §. 1. D. de compens. (16. 2.) L. 17. §. 2. D. solut. matrim. (24. 3.) L. 41. §. 2. D. h. t. L. 41. §. 1. D. de fidei. (46. 1.)

50) L. 2. 3. C. de usur. rei iud. (7. 54.) L. un. C. T. eod. tit. (4. 19.) ibiq. Gothofredus.

51) L. 15. de sent. (2. 27.)

Schuldner nur die bereits vorher ſchuldigen Zinſen[52]), nach Ablauf derſelben aber, da die frühere Zinspflicht nach Juſtinians vielleicht nicht richtiger Aeußerung in L. ult. C. de usur. rei iud. durch die im Urtheile liegende Novation getilgt iſt, die usuras rei iudicati, welche früher 24 vom Hundert betrugen, von Juſtinian aber auf 12 vom Hundert herabgeſetzt ſind[53]). Heut zu Tage bleibt es bei fünf vom Hundert.

II. Allgemeine Vorausſetzungen der Execution ſind:

1) Das Vorhandenſein eines rechtskräftigen Urtheiles[54]), entweder in der Hauptſache oder über einen getrennt davon entſchiedenen Nebenpunkt. Sobald gegen das Urtheil Rechtsmittel eingelegt ſind, iſt der Unterrichter nicht befugt, mit der Execution vorzuſchreiten, die Fälle ausgenommen, in denen der Suspenſiveffect der Rechtsmittel wegfällt[55]). In dieſen Fällen aber kann auch eine gegen das den Suspenſiveffect verſagende Decret oder gegen die Verfügung der Execution eingewandte Appellation die Vollſtreckung des Urtheiles regelmäßig nicht aufhalten[56]). Wird die frühere bereits vollſtreckte Sentenz reformirt, ſo muß nun die Execution aufgehoben und Alles in den früheren Stand geſetzt werden[57]), ſelbſt wenn von dem Appellaten noch Rechtsmittel gegen das reformatoriſche Urtheil verfolgt würden. In den Fällen, wo auf ſolche Weiſe ein Urtheil proviſoriſch vollſtreckt wird, iſt aber von dem Sieger regelmäßig cautio de eventualiter restituendo zu leiſten, oder die exequirte Schuld ad depositum iudiciale zu nehmen. Doch ſind in beſonders dringenden Fällen, z. B. Alimentenſachen, Ausnahmen zuläſſig, und überhaupt läßt ſich hier arg. §. 107 des J. R. A. (verb. mit oder ohne Caution) annehmen, daß der Richter den Umſtänden nach über die Nothwendigkeit der Cautionsleiſtung nach billigem Ermeſſen zu entſcheiden habe. Wird die Appellation gegen ein condemnatoriſches Urtheil verſpätet, ſo ſteht der Vollſtreckung nichts im Wege[58]), iſt aber mit der Einlegung die Bitte um integri restitutio verbunden, ſo darf nach römiſchem Rechte der Unterrichter nicht mit der Execution vorſchreiten[59]); nach canoniſchem Rechte[60]) iſt ſolches nach Leiſtung einer cautio de restituendo durch den Gläubiger alsdann geſtattet, wenn die Beſorgniß vorhanden iſt, daß der Schuldner die Sache nur hinzuhalten ſuche. Wenn nach erfolgtem Urtheile eine Novation angenommen wird, ſo iſt es erklärlich, daß daſſelbe

---

52) L. 3. pr. D. de usuris. (22. 1.) cf. L. 13. in f. C. eod. tit. (4. 32.)

53) L. un. C. Th. de usur. r. i. (4. 19.) L. 2. C. J. eod. tit. (7. 54.)

54) L. 58. D. h. t. L. 1. C. de exec. rei iud. (7. 53.)

55) Cap. 56. X. de appell. (2. 28.) Cap. 7. eod. tit. in 6. (2. 15.) Rechtslexikon Bd. 1, S. 385—387. Böhmer, exerc. ad P. exerc. 102.

56) L. 5. Cod. quor. appell. non recip. (7. 64.) Cap. 15. X. de sent. (2. 27.) Böhmer l. c. cap. 2. §. 3.

57) Böhmer l. c. §. 4.

58) Clem. 6. de appell. (2. 12.)

59) L. un. Cod. in integr. rest. postul. ne quid novi fiat. (2. 50.)

60) Cap. 6. 7. X. de in integr. restit. (1. 41.) Mevius, decis. VII. 57.

nicht weiter vollzogen werden kann[61]). — Das Urtheil eines Schiedsrichters kann nur als laudum homo legatum mittelſt einer actio in factum an die gewöhnlichen Gerichte zur Execution gebracht werden[62]). Wenn in demſelben Prozeſſe gegenſeitige Anſprüche (petitiones mutuae) verhandelt, und die Anſprüche des einen Theiles zuerkannt ſind, ſo kann die Vollſtreckung nicht eher erfolgen, als bis auch über die (compenſabeln) Anſprüche des Gegentheiles erkannt iſt[63]). Der im römiſchen Rechte dem Urtheile gleichgeſetzte deferirte Eid[64]) ſteht heut zu Tage — wo es der Anſtellung der actio iudicati nicht mehr bedarf — ebenſo wenig dem Urtheile gleich[65]), als die confessio in iure, welche dem Judicate gleich galt, und woraus die der actio iudicati analoge actio confessoria entſprang[66]); doch kann, falls der Beklagte die ganze Klage ſammt dem petitum zugeſteht, und das Gericht allenfalls noch durch eine ſogen. Agnitionsreſolution erklärt, daß der Beklagte ſeinem Anerkenntniſſe Folge zu leiſten habe, auf gleiche Weiſe wie im Mandatsprozeſſe ohne Abgabe eines Urtheiles die Execution verfügt werden[67]). Dagegen ſind dem gemeinen teutſchen Rechte executoriſche Urkunden in dem Sinne, daß ohne weitere Procedur die Execution daraus ſtattfände[68]), unbekannt. — Ob aber ein im Auslande geſprochenes Urtheil im Inlande vollziehbar ſei, iſt bis auf die neueſte Zeit beſtritten. Zur Zeit der teutſchen Reichsverfaſſung ward in Anſehung der Reichsſtaaten unter einander eine ſolche Vollziehbarkeit von den angeſehenſten Staatsrechtslehrern und der Praxis des Reichshofrathes[69]) angenommen. Nach der Auflöſung der Reichsverfaſſung kam indeß die Anſicht auf, daß, abgeſehen von beſonderen Verträgen, kein Staat die Vollſtreckung ſeiner Erkenntniſſe durch die Gerichte eines anderen Staates in Anſpruch nehmen könne[70]), und es iſt zu einem gleichförmigen Gebrauche in dieſer Hinſicht noch nicht gekommen. So wird in England ein ausländiſches Urtheil, jedoch nach Prüfung der Competenz des ausländiſchen Richters, vollſtreckt[71]), in Frankreich aber nicht[72]).

---

61) L. 40. pr. D. de minor. (4. 4.) u. Anton Faber in Rat. ad. h. l. L. 2. C. de except. rei iud. (7. 54.) L. 4. §. 4. D. de re iud. (42. 1.)

62) L. 5. pr. §. 1. Cod. de recept. (2. 56.)

63) L. 1. §. ult. D. quae sent. sine appell. (48. 9.) L. 1. Cod. rer. amot. (5. 21.)

64) L. 56. D. de re iudic.

65) Glück, Commentar Bd. 12, S. 240 flg.

66) Bethmann-Holweg, Verſuch u. ſ. w. S. 263, 295, 301 flg.

67) Puchta, Dienſt der Juſtizämter Bd. 2, S. 131, 530.

68) Ramos del Manzano ad tit. de re ind. Pars 2. cap. 2. sect. II. §. 6—8. (Meermann 6. p. 130.) Briegleb, executoriſche Urkunden und Executivpr. Bd. 1, S. 50.

69) Pütter, Rechtsfälle Bd. 3, Th. 1, Nr. 247—249. Haas, de effectu exceptionis rei iudicatae in territorio alieno. Göttingen 1791.

70) Hagemann, prakt. Erört. Fortſ. v. Spangenberg, Bd. 9, S. 505.

71) Kritiſche Zeitſchrift für Rechtswiſſenſchaft des Auslandes Bd. 7, S. 247.

72) Code de proced. art. 546. Code civil. art. 2123. 2128. Mittermaier, im Archiv für civil. Praxis Bd. 14, S. 89—91.

In Preußen ſind ausländiſche Urtheile vollſtreckbar, ſofern ſich nicht wegen der Competenz des requirirenden Gerichtes oder in der Sache ſelbſt ein Anſtand findet[73]). In den übrigen Staaten iſt man bald mehr, bald minder willfährig, man hält ſich jedenfalls an den Grundſatz der Reciprocität, räumt wohl den Unterthanen vor Auswärtigen ein Vorzugsrecht ein, und prüft die Competenz des auswärtigen Richters[74]). In Oeſterreich entſcheidet die Reciprocität allein[75]), ebenſo in Sachſen[76]) und in Hannover[77]). In Bayern iſt die Vollſtreckung eines im Auslande geſprochenen Urtheiles zuläſſig, wenn bei dem Gerichte des auswärtigen Staates entweder der allgemeine Gerichtsſtand des Wohnortes, oder einer der beſonderen Gerichtsſtände der belegenen Sache, des Arreſtes oder der geführten Verwaltung begründet war, und durch gerichtliche Zeugniſſe dargethan wird, daß in dem auswärtigen Staate ſelbſt keine ausreichende Executionsmittel vorhanden ſind; doch haben einheimiſche Gläubiger den Vorrang vor Ausländern[78]). In Würtemberg ſchreibt das Geſetz vom 15. April 1825 §. 7. vor, daß die rechtskräftigen Urtheile ausländiſcher Gerichte, wenn deren Competenz außer Zweifel iſt, unter Vorausſetzung der Reciprocität zu vollziehen ſind. Auch in Kurheſſen entſcheidet die Reciprocität, doch ſind die Requiſitionen dem betreffenden Obergerichte zur Verfügung zu überſenden[79]). Fehlt es an particularrechtlichen Beſtimmungen, ſo muß man unter der Vorausſetzung der Reciprocität das von dem ausländiſchen competenten Gerichte geſprochene Urtheil für vollſtreckbar halten. Zwar umſchließt das Recht, als das die Staatsvereinigung tragende Band, zunächſt freilich nur Unterthanen eines beſtimmten Staates[80]), und die Verhältniſſe zwiſchen Unterthanen verſchiedener Staaten würden daher ohne Rechtsſchutz ſein. Gegen dieſen Uebelſtand ſicherte man ſich im Alterthume durch Diadikaſien und Recuperationen[81]), in der neueren Zeit duldet man aber neben den civiliſirten Staaten keine Sphäre der Rechtsloſigkeit und Eigenmacht, in welche Verhältniſſe jener Art fallen müßten, vielmehr betrachtet jeder Staat das räumlich in ſeinem Gebiete Enthaltene als ſeinen Geſetzen unterworfen, und danach bilden ſich beſtimmte Grundſätze über die Competenz ſeiner Gerichte in Beziehung auf die Verhältniſſe der Unterthanen zu Ausländern. Eine Folge der Anerkennung dieſer Grundſätze iſt dann auch die Vollſtreckbarkeit eines ausländiſchen Urtheiles, unter Vorausſetzung der Competenz des auswärtigen Gerichtes. Dieſe Competenz iſt regelmäßig nach dem ausländiſchen Rechte und nur dann nach dem einheimiſchen zu beurtheilen,

---

73) Gerichtsordnung tit. XXIV. §. 30.

74) Particularbeſtimmungen bei Mittermaier a. a. O. und von der Nahmer in Elver's Themis Bd. 2, S. 1, Nr. 5.

75) Pratobevera, Materialien Th. 1, S. 229.

76) Geſ. v. 4. April 1805.

77) Untergerichtsordn. v. 1828, §. 161.

78) V. v. 9. Oct. 1807 u. 2. Juli 1811.

79) Linde, Zeitſchrift Bd. 4, Nr. 15.

80) Klüber, öffentliches Recht des d. B. §. 366.

81) Sell, die recuperatio der Römer (Braunſchw. 1837), S. 16 flg.

wenn Landesgeſetze eine Prorogation an fremde Gerichte unmöglich machen. Ebenſo iſt die Beobachtung der Reciprocität ein Erforderniß, doch hat man keinen Grund, eine Nachweiſung derſelben zu fordern, ſondern kann ſich mit der oblatio ad reciproca begnügen. Mangel von Executionsobjecten im Auslande iſt aber ebenſo wenig ein Erforderniß, als man ex officio für das Intereſſe inländiſcher Gläubiger zu ſorgen, oder dieſen einen Vorzug vor dem Ausländer zu geben hat.

2) Die Execution ſetzt Liquidität der Anſprüche, Zuſprechung einer beſtimmten Sache oder Summe im Urtheile voraus. Iſt die Quantität oder Qualität des zu Leiſtenden noch nicht beſtimmt, ſondern blos über Recht und Verbindlichkeit im Allgemeinen erkannt, ſo iſt vor der Execution noch eine Liquidationsinſtanz erforderlich, in welcher auf ſummariſchem Wege das zu leiſtende Quantum feſtgeſetzt wird [82]). Das dieſe Inſtanz beſchließende Urtheil wird, ſobald es rechtskräftig geworden iſt, vollzogen. Doch kann bei mehreren Litisconſorten dieſe Liquidität gegen einzelne früher, als die übrigen herbeigeführt [83]), und überhaupt, wenn ein Theil der Forderung liquid, der andere illiquid iſt, die Beitreibung des liquiden Theiles verfügt werden [84]). Ein ſolches Liquidationsverfahren kann inſonderheit eintreten a) rückſichtlich der Zinſen, Früchte und Prozeßkoſten, welche einer Partei zuerkannt ſind, b) bei ſogen. Univerſalklagen, insbeſondere der hereditatis petitio, wo es nach der Verurtheilung noch auf Feſtſtellung des Betrages ankommt, und bei Entſchädigungsklagen, wo die Ermittelung des Quantums des zu Erſetzenden oft zweckmäßig einer beſonderen Inſtanz vorbehalten bleibt; c) in den Fällen, wo auf Herausgabe einer beſtimmten Sache oder Vornahme einer Handlung erkannt, die zugeſprochene Leiſtung in natura nicht zu erlangen und deßhalb eine Condemnation auf den Werth oder auf Entſchädigung auszuſprechen iſt.

III. Die Executionsmittel ſelbſt ſind entweder gegen die Perſon des Schuldners oder gegen ſein Vermögen gerichtet.

1) Perſönliche Haft findet ſich noch im neueren römiſchen Rechte, aber ohne Zweifel nur als öffentliches Gefängniß für inſolvente Schuldner [85]). Das teutſche Recht kannte dagegen eine Perſonalexecution entweder als Folge des Einlagervertrages und der Clauſel: mit oder ohne Recht, oder als allgemeines Zwangsmittel [86]). Auch nach der Reception des römiſchen Rechtes erhielt ſich in den Particularrechten jene ſtrenge Anſicht [87]), allein da das canoniſche Recht [88]) die perſönliche Haft als Vollſtreckungsmittel nicht gelten läßt, und die Reichspolizeiordnung von

---

82) L. 1. 2. C. de sent. quae sine certa quant. (7. 46.)
83) L. 44. D. de iudiciis. (5. 1.)
84) L. 21. D. de rebus cred. L. 15. C. de sentent. L. 5. pr. D. de statu lib. (40. 7.)
85) L. 1. L. 8. C. qui bonis ced. poss. (7. 71.)
86) Lex Baiuv. II. 1. §. 4. 5. Sachſenſp. B. II, A. 11. Sächſ. Weichb. 27.
87) Eichhorn, Rechtsgeſch. §. 377, 456, 576.
88) Cap. 2. X. de pignorib. (3. 21.)

1577, tit. 23, §. 2, dieſelbe nur als Strafe der Bankerottirer betrachtet, ſo kann ſie gemeinrechtlich nicht mehr für ein zuläſſiges Executionsmittel gehalten[89]) und in der Executionsinſtanz nur als eine Ungehorſamsſtrafe angewendet werden. Auch muß man die Behauptung Leyſer's[90]), daß die zum Koſtenerſatze verurtheilte Partei im Falle der Zahlungsunfähigkeit ins Gefängniß geſetzt werden könne, für falſch halten, denn da der Koſtenerſatz nicht als eine Strafe zu betrachten iſt[91]), ſo kann der Grundſatz: qui non habet in aere, luat in corpore, nicht davon gelten. Im Wechſelprozeſſe iſt dagegen perſönliche Haft das vorzugsweiſe gebräuchliche Executionsmittel.

2) Nach teutſchem Gerichtsgebrauche — für welchen man in L. 1. C. de officio praef. Aug. (1. 37.) eine Analogie zu finden glaubte — kann auch die Einlegung einer Wache oder des Executors in die Wohnung des Exequenden verfügt werden. Der dazu beſtimmte Unterbediente wird dann angewieſen, ſich beköſtigen und täglich gewiſſe Diäten zahlen zu laſſen, auch nach Ablauf einer vorzuſchreibenden Friſt über den Erfolg des Einlagers zu berichten.

3) Der Zwang zum Abarbeiten[92]) war im teutſchen Rechte mit dem Zuſchlagen zu Hand und Halfter verbunden. Das römiſche Recht verwirft dieſes Executionsmittel[93]), und daſſelbe möchte auch heut zu Tage bei der Schwierigkeit, durch die erzwingbaren Arbeiten neben der Alimentation des Schuldners noch einen Ueberſchuß zu erlangen, unpraktiſch ſein.

Gegen das Vermögen des Schuldners ſind folgende Executionsmittel gerichtet:

1) Die Wegnahme der Sache, zu deren Herausgabe der Schuldner verurtheilt iſt behuf deren Ablieferung an den Gläubiger[94]) und die Exmiſſion des Verurtheilten aus Grundſtücken.

2) Die Auspfändung[95]). Dieſe iſt im römiſchen Rechte im Gegenſatze zu der missio in bona und als unmittelbares Zwangsmittel zunächſt ein Verfahren extra ordinem[96]), dann aber durch kaiſerliche Conſtitutionen zum allgemeinen Executionsmittel bei Geldſchulden erhoben und näher regulirt[97]), und beſteht darin, daß auf Befehl des magistratus durch die Gerichtsunterbedienten bewegliche Sachen des Schuldners

---

89) Mittermaier, im Archiv für civil. Praxis Bd. 14, Nr. 4 u. 11. Puchta, Concursprozeß §. 27.

90) Leyser, spec. 88. med. 9.

91) v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 4, Nr. 49.

92) Martin, Prozeß §. 262. Oeltze, Anleit. zur gerichtl. Prax. §. 332. Preuß. Gerichtsordn. tit. 24, §. 142.

93) L. 12. C. de oblig. et act. (4. 10.)

94) L. 68. D. de rei vindic. (6. 1.)

95) Tit. Cod. si in causa iudic. pign. capt. sit. VIII. 23. L. 15. §. 2—12. D. de re iudicata. (42. 1.)

96) L. 50. D. de evict. (21. 2.) Cuiac. recit. solenn. ad tit. Cod. 8. 22.

97) Bethmann-Holweg, Prozeß des ſinkenden römiſchen Reiches §. 30, S. 334. Pufendorf, observ. tom. III. obs. 61.

in Beſchlag genommen werden[98]) oder der Gläubiger in Grundſtücke eingewieſen wird[99]). Mit der wirklichen Beſchlagnahme[100]) entſteht dann für den Gläubiger ein Pfandrecht, in Folge deſſen nach Ablauf von zwei Monaten die abgepfändeten Sachen zu ſeiner Befriedigung unter Leitung des Gerichtes verkauft werden können[101]). Dieſes Executionsmittel iſt in Anſehung ausſtehender Forderungen des Schuldners ebenfalls anwendbar[102]), und Sachen der Minderjährigen können durch daſſelbe mit voller Wirkſamkeit angegriffen werden[103]).

3) Oft wird auch die missio in bona als Executionsmittel aufgeführt. Nach dem prätoriſchen Edicte war dieſelbe allerdings das regelmäßige Executionsmittel[104]), allein nachdem durch die Praxis oder ein Reſcript von Antoninus Pius die eben erwähnte Abpfändung einzelner Sachen Regel geworden, mußte die missio in bona, welche regelmäßig in das ganze Vermögen des Schuldners geſchah[105]), hinwegfallen, ſo lange der Schuldner ſolvent war, und die für dieſen Fall bei weitem paſſendere Auspfändung eintreten[106]). Die missio iſt danach — abgeſehen von den übrigen Fällen ihrer Statthaftigkeit — als Executionsmittel auf den Fall der Inſolvenz beſchränkt. Im neueren römiſchen Rechte kommt nach der Anſicht Mancher in L. 3. C. de exec. rei iud. (7. 53.) eine Immiſſion vor, ſobald eine zum Executionsobjecte vorgeſchlagene unbewegliche Sache keinen Käufer findet, allein richtiger wird dieſe Stelle auf den Zuſchlag des Eigenthumes an den Gläubiger bezogen[107]). Im Juſtinianiſchen Rechte werden endlich Contumacialurtheile regelmäßig durch missio in bona vollſtreckt, jedoch nicht durch missio in omnia bona, ſondern nur durch Einweiſung des einzelnen Gläubigers in einen ſeiner Forderung entſprechenden Theil der ſchuldneriſchen Güter[108]). Da dieſe Beſtimmung in Teutſchland nicht praktiſch geworden iſt, ſo kommt die Immiſſion nur als Executionsmittel in einzelnen Immobilien, behuf der Pfändung oder behuf der Befriedigung des Gläubigers aus deren Früchten vor. Bei Gütern, deren Verkauf wegen ihrer

---

98) L. 15. §. 2. D. de re iud. (42. 1.) L. 5. C. quor. appell. non recip. (7. 65.)

99) L. 2. 4. C. qui potiores in pign. (8. 18.)

100) L. 26. §. 1. D. de pigner. act. (13. 7.)

101) L. 1—3. C. h. t. L. 31. D. de re iudicata. (42. 1.)

102) L. 15. §. 8. D. de re iud. (42. 1.)

103) L. 3. §. 1. D. de reb. eorum qui sub tut. (27. 9.)

104) Bethmann-Holweg, Prozeß des ſinkenden röm. Reiches S. 305 flg.

105) Schilling, Inſtit. Bd. 2, §. 95 in f.

106) L. 31. D. de re iudic. (42. 1.) Zimmern, römiſcher Prozeß S. 269.

107) L. 15. §. 3. 6. D. de re iudic. L. 3. C. si pign. in caus. iud. (8. 23.) Faber, error. pr. 56. c. 2. Cuiac. Recit. sol. ad tit. Cod. 7. 53. und observ. XXVI. cap. 22. Sintenis, Pfandrecht S. 533.

108) L. 9. C. de bonis auct. iud. poss. (7. 72.) L. 6. §. 3. 4. C. de his qui ad eccles. (1. 12.) L. 17. C. de dignit. (12. 1.) Novella 53. C. 4. §. 1.

Lehnsqualität oder wegen gutsherrlicher Rechte nicht geſchehen kann, iſt insonderheit dieſe Art der Immiſſion oder das folgende Executionsmittel anzuwenden.

4) Die Sequeſtration eines Grundſtückes, um den Gläubiger aus deſſen Aufkünften zu befriedigen [109]). Zwiſchen der Sequeſtration und der Immiſſion des Gläubigers iſt nach den Umſtänden zu wählen. Man kann keineswegs die Sequeſtration der Immiſſion unbedingt vorziehen [110]), denn die gegen die Immiſſion ſprechenden Gründe — die Unzuverläſſigkeit der Nutzungsanſchläge und die leicht neuen Streit veranlaſſenden Berechnungen — treffen bei der Sequeſtration ebenfalls zu [111]).

5) Geldſtrafen (und nöthigenfalls Gefängnißſtrafen) zur Erzwingung der Vornahme oder Unterlaſſung einer Handlung [112]). Sie treten nach der heutigen Praxis oft ein, wo man ſich im römiſchen Rechte durch cautiones iudiciales, oder Condemnation auf das Intereſſe half.

IV. Anwendung der Executionsmittel.

1) Gemeinſame Beſtimmungen. Sind die unter II. bezeichneten Vorausſetzungen vorhanden, ſo wird dem Verurtheilten auf Anrufen der obſiegenden Partei eine vom Richter nach Ermeſſen zu beſtimmende [113]), meiſt in dem Particularrechte genau vorgeſchriebene Friſt geſetzt, binnen welcher dem Urtheile bei Vermeidung der Executionsvollſtreckung Genüge zu leiſten iſt. Nach dem Ablaufe dieſer Friſt wird auf abermaligen Antrag des Gläubigers, welcher zugleich die Inſinuation des die Execution androhenden Decretes nachzuweiſen und das anzuwendende Executionsmittel beſtimmt vorzuſchlagen hat, die Hilfsvollſtreckung wirklich verfügt. Competent zur Verfügung der Execution iſt regelmäßig nur der Richter, welcher in der Hauptſache entſchieden hat. Auch der delegirte Richter iſt zur Executionsvollſtreckung befugt, wenn ſich ſein Auftrag auf die Erledigung des ganzen Prozeſſes bezieht [114]). Nach den poſitiven Quellen des gemeinen Rechtes [115]) würde, wenn in der Appellationsinſtanz ein reformatoriſches Erkenntniß geſprochen iſt, die Execution dem Oberrichter zuſtehen, allein die Praxis beobachtet dieſe Vorſchrift nicht durchgängig. Wenn die Perſon oder die Sachen, gegen welche die Executionsmaßregeln zu richten ſind, ſich nicht im Jurisdictionsbezirke des angerufenen Richters befinden, ſo muß dieſer das competente Gericht wegen der Hilfsvollſtreckung requiriren. Dieſes wendet indeß nur die an dem Orte der Vollſtreckung zuläſſigen Executionsmittel auf die daſelbſt zuläſſige Weiſe an [116]), enthält ſich jeder Entſcheidung in der Sache ſelbſt,

---

109) Glück, Pandektencommentar Bd. 15, S. 237.

110) Wie preuß. Gerichtsordn. tit. 24, §. 118.

111) Mittermaier, prozeßvergleich. Beitr. Bd. 3, S. 201.

112) J. R. A. §. 162.

113) Tempus iudicati vgl. L. 31. D. h. t. L. 2. 3. §. 1. Cod. de usur. rei iud. (7. 54.) cap. 15. X. de sentent. (2. 27.) Dieſe Friſt wird oft ſchon im Urtheil gegeben.

114) Cap. 5. 7. 26. X. de off. iud. deleg. (1. 29.) Böhmer, J. E. P. 1. 19. §. 28. u. 29.

115) S. Rechtslexikon Bd. 1, S. 388.

116) Archiv für civ. Praxis Bd. 13, S. 308. cf. Bd. 14, S. 102.

und verweiſ't die etwa vorgeſchützten Einreden an den requirirenden Richter, wobei es — wenn dieſelben nach den bei ihm geltenden Geſetzen die Execution hemmen — dieſe vorerſt ſuspendirt[117]. — Obergerichte pflegen die Vollſtreckung der von ihnen erkannten Execution einem Untergerichte aufzutragen, welches dann über vorkommende Einreden, ſobald ſolche nicht blos den modus der Vollſtreckung betreffen, nicht ſelbſt zu entſcheiden, ſondern an das committirende Gericht zu berichten hat[118]. Gegen die Verfügung der Execution kann, da dieſelbe nur eine Contumacialverfügung iſt, ſchon nach dem Satze: contumax non appellat[119]), nur inſofern appellirt werden, als dieſelbe an ſich nicht legal iſt[120]), oder bei der Execution überhaupt das Maß überſchritten, oder die geſetzliche Ordnung bei der Anwendung der Executionsmittel nicht beobachtet[121]) wird. In einem ſolchen Falle ſoll nach eingewandter Appellation weiteren Veränderungen an dem früheren Zuſtande durch Sequeſtration oder Depoſition der Executionsobjecte vorgebeugt werden[122]). Unordnungen bei der Executionsvollſtreckung kann aber der Oberrichter ſchon auf einfache Beſchwerden verhindern[123]), doch darf die vollſtreckte Execution, ſobald der Gläubiger nicht mehr als das ihm Gebührende erhalten hat, wegen eines dabei ſtattgefundenen regelwidrigen Verfahrens keineswegs als nichtig aufgehoben werden[124]). In der Executionsinſtanz ſind dann nur Einwendungen gegen die Art und Weiſe der Vollſtreckung, neu entſtandene Einreden, oder die oben genannten privilegirten Einreden zu beachten. Die Executionsvollſtreckung erfolgt unter beſtändiger Aufſicht des Gerichtes durch das dazu beſtimmte Unterperſonal. Nöthigenfalls kann die Polizeigewalt und ſelbſt die bewaffnete Macht, namentlich bei Widerſetzlichkeiten — welche ein Strafverfahren veranlaſſen können — zur Unterſtützung des Executors requirirt werden. Iſt der Executor ſäumig, ſo hat das Gericht ſofort Strafmandate gegen ihn zu erlaſſen. Uebrigens hat ſich der Executor lediglich an das ihm ertheilte Executionsmandat zu halten und jedes Urtheil über die Zuläſſigkeit der Execution ſowohl, als der etwa dagegen vorgebrachten Einwendungen zu vermeiden[125]). Ueber die ſich etwa ergebenden Hinderniſſe, ſo wie über die geſchehene Executionsvollſtreckung iſt von ihm an das Gericht zu berichten, welchem dann die weitere Verfügung zukommt. Die Koſten der Execution (Hilfsgelder)

117) Archiv für civ. Praxis Bd. 14, S. 101. v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. Bd. 4, Nr. 23. Fortſ. von Spangenberg, Bd. 9, S. 513.
118) Cap. 5. X. de sentent. (2. 27.)
119) L. 1. Cod. quor. appell. non recip. (7. 65.)
120) L. 2. 11. 15. 25. C. Th. quor. appell. non rec. (11. 36.) L. 5. C. J. eod. tit. (7. 65). Mevius, dec. VIII. d. 426. — Cap. 15. X. de sent. (2. 27.) Cap. 43. X. de appell. (2. 28.)
121) Mevius, dec. II. d. 229.
122) L. 5. C. cit.
123) Mevius, III. dec. 108.
124) Mevius, II. dec. 144. 177. IV. dec. 72.
125) L. 6. C. de exec. rei iud. (7. 53.)

hat der die Execution erwirkende Gläubiger vorzuſchießen, dieſelben ſind aber vom Schuldner mit beizutreiben und zu erſtatten[126]).

2) Beſtimmungen über die Anwendung der einzelnen Executionsmittel nach der Beſchaffenheit der zu exequirenden Schuld.

1) Wegen einer Geldſchuld iſt die Auspfändung das zunächſt ſtatthafte Mittel. Dabei müſſen zuerſt die Mobilien, — wobei jedoch Acker- und Wirthſchaftsgeräthe, ſo wie das zum Ackerbau beſtimmte Vieh zu ſchonen ſind[127]) —, dann die Immobilien, und ganz zuletzt die ausſtehenden Forderungen angegriffen werden[128]). Bei Hilfsvollſtreckungen gegen Minderjährige werden dagegen Immobilien zuletzt angegriffen[129]).

Bei der Execution in das Mobiliarvermögen des Schuldners erhält der Gerichtsdiener oder Executor den Auftrag, ſo viel als nöthig von des Schuldners beweglichen Sachen in Beſchlag zu nehmen. Zuerſt iſt zu ſehen, ob ſich baares Geld beim Schuldner findet; in deſſen Ermangelung ſind die etwa ohnehin zum feilen Verkaufe beſtimmten Waaren- und Fruchtvorräthe, dann Pretioſen, Hausgeräthe und zuletzt auch Kleider und Handwerkszeug und ländliche Inventarienſtücke in Beſchlag zu nehmen, wobei natürlich zunächſt immer nur das am leichteſten Entbehrliche zu nehmen iſt[130]). Die abgepfändeten Sachen, woran nun für den Gläubiger ein Pfandrecht entſteht, werden genau verzeichnet und in ſicheren Gewahrſam, meiſt in eine eigene Pfänderkammer, nicht aber bei Privatleuten, weil dieſe für deren Bewachung nicht verantwortlich ſind[131]), untergebracht. Unter Umſtänden können die abgepfändeten Sachen in der Wohnung des Schuldners gelaſſen werden; ſie ſind alsdann, Moventien, Früchte auf dem Felde u. dgl. ausgenommen, zu verſiegeln, und dem Schuldner iſt jedes Vergreifen daran bei Gefängnißſtrafe zu unterſagen. Schon die Menſchlichkeit gebietet übrigens, wenn Krankheits- oder ähnliche Fälle in der Familie des Schuldners ſtattfinden, die Execution in ſoweit einzuſchränken, daß keine Gefahr für Leben oder Geſundheit irgend einer Perſon dadurch entſteht. Ueber die vollzogene Execution erſtattet der Executor dem Gerichte unter Ueberreichung des Verzeichniſſes der abgepfändeten Sachen Bericht, welches ſolchen, nebſt der Anlage, beiden Parteien mittheilt und auf Anrufen des Gläubigers nach einer gemeinrechtlich zwei Monate betragenden[132]), nach der Praxis und nach Landesgeſetzen aber oft abgekürzten Friſt den durch einen Gerichtsdiener, Actuar oder auch wohl eigens angeſtellten Auctionator zu beſorgenden Verkauf befiehlt. Findet ſich kein Käufer, ſo kann der Gläubiger —

---

126) Oelze, Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 344.

127) L. 7. u. 8. C. quae res pign. (8. 17.) Auth. agricultores eod. tit.

128) L. 15. §. 2. D. h. t.

129) L. 5. §. 9. D. de reb. eor. (27. 9.)

130) Fredersdorf, Anweiſung für Juſtizbeamte Th. 3, S. 71—77. Puchta, Dienſt der teutſchen Juſtizämter Bd. 2, S. 336—342.

131) Geiger und Glück, Rechtsfälle Bd. 3, Nr. 47.

132) L. 31. D. de re iud. (42. 1.)

dem es überhaupt frei ſteht, bei der Verſteigerung mit zu bieten[133]) — die Zuſprechung der Pfänder für den Betrag ſeiner Forderung, welche dadurch erliſcht, beim Regenten erwirken[134]), ohne daß ein Wiedereinlöſungsrecht des Schuldners ſtattfindet. Im Falle des Verkaufes aber befriedigt das Gericht den Gläubiger von den Auctionsgeldern und gibt dem Schuldner den Reſt derſelben zurück.

Müſſen Immobilien angegriffen werden — welches bei daran beſtellten Hypotheken ſchon vor den Mobilien geſchehen kann — ſo darf der Gläubiger zunächſt um Immiſſion nachſuchen, welches für chirographariſche Gläubiger den Nutzen hat, daß ein Pfandrecht für ſie entſteht. Dieſe Immiſſion, welche durch ein ſogen. Immiſſionsdecret erfolgt, ſchließt indeß die Exmiſſion des Schuldners nicht in ſich. Zunächſt kann der Gläubiger verſuchen, ſich aus den Früchten des Grundſtückes bezahlt zu machen, und zu dem Ende auch eine Sequeſtration beantragen, dann aber kann er den öffentlichen Verkauf[135]) des Grundſtückes verlangen. Beſitzt der Schuldner Lehngüter, in welche die Execution zu vollſtrecken iſt, ſo kann die Subhaſtation nur alsdann erfolgen, wenn die Schuld entweder mit einer wirkſamen Hypothek verbunden, oder wenn ſie von allen Lehnsfolgern und dem Lehnsherrn conſentirt, oder wenn das Lehen ein veräußerliches iſt[136]). Sonſt ſind die Lehnsgläubiger auf die Früchte beſchränkt, und Allodialgläubiger können ſelbſt dieſe nur ſo lange angreifen, als das Lehen in den Händen des Schuldners, oder ſolcher Nachfolger deſſelben iſt, welche als Allodialerben für die Schuld haften. Zur Befriedigung des Gläubigers iſt dann eine immissio quoad fructus oder Sequeſtration des Lehens zuläſſig, wobei man jedoch dem Vaſallen das beneficium competentiae einzuräumen pflegt. Die Allodialgläubiger ſtehen den Lehnsgläubigern in Beziehung auf die Befriedigung aus den Früchten nach[137]). Ein ähnliches Verhältniß tritt bei Meiergütern ein; auch dieſe können ohne Conſens des Gutsherrn nicht verkauft werden, und wo ſie — was particularrechtlich vorkommt — ſchlechthin zur Subhaſtation gebracht werden können, geſchieht ſolches nur mit Vorbehalt der Rechte des Gutsherrn. Der Gläubiger hat ſich alſo, wo die Veräußerung nicht zu erwirken ſteht, auf die Execution in das allodium und die Früchte zu beſchränken. Erbzinsgüter können dagegen im Wege der Execution ſubhaſtirt werden, doch muß dem dominus directus nach richtiger Anſicht auch in dieſem Falle das laudemium gezahlt[138]), jedenfalls aber wegen des zuſtändigen Vorkaufsrechtes ihm von dem Verkaufe Nachricht gegeben werden.

Wird nun die Subhaſtation ſelbſt verfügt, ſo pflegt das zu ſubhaſtirende Grundſtück taxirt zu werden, um einen Anhaltspunkt gegen deſſen

---

133) L. 2. C. si in causa iud. pign. (8. 23.)

134) L. 15. §. 3. D. h. t. L. 3. C. si in causa iud. (8. 23.)

135) Heinemann, die Subhaſtation nach rationalen und politiſchen Grundſätzen. Weimar 1832.

136) Hartm. Pistor, quaest. iur. lib. I. qu. 15.

137) Hellfeld, opuscula nr. XXIII. §. 16.

138) Glück, Commentar Bd. 8, S. 512.

Verſchleuderung unter dem Preiſe zu haben[139]). Gemeinrechtlich iſt dieſes indeß blos beim Verkauf der Güter fiscaliſcher Schuldner vorgeſchrieben[140]). Der anzuſetzende Subhaſtationstermin wird — wobei die Particularrechte häufig genauere Beſtimmungen enthalten — durch Anſchlag vor der Gerichtsſtelle und in öffentlichen Blättern bekannt gemacht, und die Vorladung etwaiger Realberechtigter damit verbunden. Die aus den bisherigen Verhandlungen oder den Hypothekenbüchern erſichtlichen Gläubiger dieſer Art[141]), ſo wie der Schuldner[142]) ſind ſpeciell vorzuladen. Vor dem Subhaſtationstermine ſind von dem Gläubiger die Verkaufsbedingungen einzureichen, welche, nachdem der Schuldner darüber gehört iſt, vom Gerichte feſtgeſtellt werden. Findet ſich kein annehmlicher Käufer, ſo kann der Gläubiger ſelbſt ein Gebot auf die Sache thun[143]), oder fordern, daß ihm dieſelbe vom Regenten an Zahlungsſtatt zugeſchlagen werde[144]), wodurch die ganze Forderung ſchlechthin erliſcht, und wobei von einem ſpäteren Wiedereinlöſungsrechte des Schuldners nicht die Rede iſt. Gewöhnlich geſchieht heut zu Tage letzteres gegen einen gerichtlich ausgemittelten Schätzungspreis[145]), ſofern man nicht für beſſer hält, die Subhaſtation zu wiederholen, und nicht Particularrechte einen anderen Ausweg an die Hand geben[146]). Sonſt wird aber das ſubhaſtirte Grundſtück dem Käufer zugeſchlagen, wegen Einzahlung und Vertheilung der Kaufgelder das Erforderliche angeordnet, und die Präcluſion der nicht angemeldeten Realanſprüche verfügt. Ueber den Verkauf der gepfändeten Sachen überhaupt iſt aber noch Folgendes zu bemerken. Entſtehen vor dem Verkaufe der Pfänder Incidentſtreitigkeiten mit dritten Perſonen über Eigenthums= oder Pfandrechte daran, ſo hat der Executionsrichter darüber zu entſcheiden[147]); nach erfolgtem Zuſchlage an den Käufer aber gehört die Entſcheidung über dergleichen Anſprüche nicht mehr vor ihn und in das bisherige Verfahren[148]). Ueber den Fall, daß der Käufer den gebotenen Kaufpreis nicht bezahlt, ſpricht Ulpian in L. 15. §. 7. h. t. Dieſe Stelle hat nach Anton Faber's[149]) richtiger Interpretation folgenden Sinn: der exequirende Richter darf nicht ohne Weiteres gegen den Käufer Zwangsmittel anwenden[150]), und wird, wenn er es unterläßt, dem Gläubiger nicht verantwortlich (cum nec habeat actionem adversus eum is etc.). Dieſer kann vielmehr, indem nach L. 1. C. si in caus.

---

139) Mittermaier, Prozeßvergl. Beitr. 3, S. 205. Marezoll in Grolman und Löhr Magazin Bd. 4, S. 376.
140) L. 16. C. de resc. vend. (4. 44.)
141) L. 6. C. de remiss. pign. (8. 26.)
142) L. 4. C. de distr. pign. (8. 28.)
143) L. 2. C. si in causa iud. (8. 23).
144) L. 15. §. 3. D. h. t. Faber, error. pragm. dec. LVI. err. 5—7.
145) Glück, Comment. Bd. 19, S. 408.
146) Mittermaier, der gemeine teutſche Prozeß Beitr. 3, S. 208 flg.
147) L. 15. §. 4. 5. h. t.
148) L. 15. §. 6. h. t.
149) Coniect. V. 16. cf. Donell. comm. 27. 3. §. 7.
150) L. 9. C. de obl. et act. (4. 10.)

iud. der durch den Richter geſchehene Verkauf als von ihm geſchehen gilt, gegen den Käufer klagen, und er iſt zu ſolchen Klagen auch ſogleich befugt, da die gepfändeten Sachen immer praesenti pecunia, non sic, ut post tempus pecunia solvatur, verkauft werden müſſen. Daneben bleibt jedoch der einfachere Weg, daß der Richter die verkauften Sachen weiter verkauft, was ohne Umſtände angeht, da dieſelben von dem für den Gläubiger daran haftenden Pfandrechte nicht frei geworden ſind. Heut zu Tage pflegt man es als Kaufbedingung aufzuſtellen, daß der Käufer im Falle der Nichtbezahlung ſofortiger Execution unterworfen iſt, oder daß die Pfänder auf ſeine Gefahr und Koſten ſofort weiter verkauft werden. — Bei dem Verkaufe der gepfändeten Sachen ſteht übrigens den Gläubigern und Verwandten des Schuldners ein Vorkaufsrecht zu[151].

Fehlt es endlich an Mobilien und Immobilien, ſo werden die ausſtehenden Forderungen des Schuldners — zu deren eidlicher Angabe derſelbe angehalten werden kann — zum Gegenſtande der pignoris capio gemacht[152]. Dieſe können gleich eingetrieben und zur Befriedigung des Gläubigers verwandt werden[153], beides jedoch nur, wenn ſie klar und unbeſtritten ſind[154]. Sind ſie dieſes nicht, ſo erlangt der Gläubiger ein Pfandrecht daran, und es iſt ihm zu überlaſſen, gegen den Schuldner actione utili zu klagen[155], denn obwohl der Executionsrichter über die Frage, ob der Schuldner auch Eigenthümer der abgepfändeten Sachen ſei, als über einen Incidentpunkt entſcheidet, ſo findet doch in Anſehung der Frage über die Richtigkeit der ausſtehenden Forderungen nicht ein Gleiches ſtatt[156]. Heut zu Tage pflegt man die Forderungen des Schuldners mit Arreſt zu belegen und dem Gläubiger deren Einklagung zu überlaſſen. Daß übrigens Beſoldungen und Penſionen kein geeignetes Executionsobject wären, läßt ſich gemeinrechtlich nicht behaupten, nur muß bei Arreſtanlagen auf Beſoldungen von Staatsdienern dieſen ſo viel gelaſſen werden, daß ſie ſubſiſtiren können, und das öffentliche Intereſſe nicht leidet, weßhalb, wenn Landesgeſetze keine Beſtimmung über die anzugreifende Quote enthalten, bei der höchſten Staatsbehörde deßhalb berichtlich angefragt werden muß[157].

Finden ſich endlich bei dem Schuldner gar keine Executionsobjecte vor, ſo kann derſelbe nach der Praxis — und zwar im Unge-

---

151) L. 16. D. de reb. auct. iud. possid. (42. 5.) Anton Faber, coniect. V. 15.

152) L. 15. §. 2. 8. D. h. t. L. 5. C. de exec. rei iud. (7. 53.)

153) L. 15. §. 8. 10. D. h. t.

154) L. 15. §. 9. eod. tit.

155) L. 4. C. quando fiscus. (4. 15.) L. 4. C. quae res pign. (8. 17.)

156) L. 15. §. 9. cit. Donell. comm. 27. 7. §. 5.

157) Struben, rechtl. Bed. Bd. 1, Nr. 7. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. 7, S. 118.

horſamsfalle durch Gefängnißſtrafe — zur Leiſtung eines Manifeſtations-eides angehalten werden[158]).

Die Execution durch Einlager wegen Geldſchulden iſt nur gegen Honoratioren, den Umſtänden nach gegen Gemeinden und endlich in ſolchen Fällen gebräuchlich, wo es darauf ankommt, den böſen Willen des Schuldners zu bezwingen.

Uebrigens darf der Richter auf keine Weiſe, weder von Amtswegen, noch auf Antrag des Gläubigers, die angegebene Reihenfolge, in welcher das Vermögen des Schuldners anzugreifen iſt, abändern[159]).

2) Iſt der Schuldner zur Herausgabe einer individuell beſtimmten Sache verurtheilt, ſo wird ihm zunächſt die Herausgabe bei einer Geldſtrafe befohlen, und wenn er nicht Folge leiſtet, die Sache ſammt den etwa mit zu reſtituirenden in natura vorhandenen Acceſſionen[160]) durch die Gerichtsunterbedienten abgenommen und dem Gläubiger zugeſtellt[161]). Findet ſich die Sache bei ihm nicht vor, ſo erfolgt (vorausgeſetzt, daß, nach der Beſchaffenheit des Falles, der Schuldner nicht durch etwaigen caſuellen Untergang befreit wurde) die Condemnation auf die — nach Umſtänden durch den Schätzungseid des Gläubigers auszumittelnde — Aeſtimation der Sache, und dieſe Aeſtimation wird vom Schuldner beigetrieben. Iſt ein Immobile herauszugeben, ſo wird der Schuldner mit ſeinen Effecten durch den Executor exmittirt und der Gläubiger in den Beſitz geſetzt, wobei rückſichtlich herauszugebender Ländereiſtücke die Beſitzergreifung für den letzteren durch ſymboliſche Zeichen, Ergreifung einer Scholle und Ausſtechung eines Raſenſtückes zu geſchehen pflegt[162]). Das hier Geſagte bezieht ſich nicht blos auf die obligatio dandi — Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung — ſondern auch auf die Verpflichtung zum Reſtituiren, Exhibiren und Tradiren beſtimmter Sachen, denn im neueren römiſchen Rechte wird in dieſen Fällen die Sentenz gerade auf das Geben und Abliefern der beſtimmten Sache gefaßt, und in dieſem Maße exequirt, ſo daß der directe Zwang nicht blos auf die Reſtitutionspflicht bei arbiträren Klagen, wobei er zuerſt vorkommt[163]), beſchränkt iſt[164]).

3) Lautet die Sentenz auf Vornahme einer beſtimmten Handlung im engeren Sinne (ſo daß alſo das Reſtituiren und Tradiren von Sachen, was ſonſt zur obligatio faciendi gehört, nicht mit darunter begriffen wird), ſo iſt hier eine directe Erzwingbarkeit überall nicht denkbar[165]). Zunächſt befiehlt man alſo die Vornahme der

---

158) Fredersdorf, Anweiſung für Juſtizbeamte Bd. 3, S. 76. Puchta, Dienſt der teutſchen Juſtizämter Bd. 2, S. 339.
159) Donell. comm. 27. 7. §. 2. 3. 6.
160) L. 76. pr. D. de rei vind. (6. 1.) L. 7. C. de exec. rei iud. (7. 53.)
161) L. 68. D. de rei vind. (6. 1.)
162) Puchta a. a. O. §. 249.
163) L. 68. D. de rei vindic. (6. 1.)
164) Bethmann-Holweg l. c. S. 337. vgl. aber Sintenis in Linde, Zeitſchrift Bd. 11, S. 74, 75, 85.
165) Sintenis l. c. S. 51—87.

Handlung bei Geldſtrafen, läßt dieſelbe — wo es angeht — durch Dritte verrichten und zieht die dadurch erwachſenen Koſten von dem Verurtheilten ein[166]), oder verurtheilt denſelben bei fortdauerndem Ungehorſam zum Erſatze des Intereſſe[167]). Iſt aber der Verurtheilte zur Zahlung von Geldſtrafen, ſo wie zur Leiſtung des Intereſſes außer Stande, ſo bleibt nichts übrig, als ihn durch Gefängnißſtrafen zur Vornahme der in Rede ſtehenden Handlung zu nöthigen. — Auch iſt in Fällen dieſer Art, ſobald es nur darauf ankommt, den Eigenſinn des Verurtheilten zu überwinden, die Execution durch Einlager anwendbar[168]).

4) Iſt dem Verurtheilten die Unterlaſſung einer beſtimmten Handlung geboten, ſo wird ihm für den Fall der Vornahme derſelben eine Geldſtrafe angedroht und dieſe eintretenden Falles beigetrieben. Daneben kann ihm die Leiſtung einer cautio de non amplius turbando, de non offendendo etc. aufgelegt werden[169]). Bei fortdauerndem Ungehorſame können Gefängnißſtrafen eintreten, welche dann nicht als eigentliche Executionsmittel, ſondern als Ungehorſamsſtrafen zu betrachten[170]), und — wenn gleich von Seiten der Theorie ſich Zweifel gegen ihre Anwendung erheben laſſen[171]) — in der Praxis auf keine Weiſe zu entbehren ſind.

V. Hinderniſſe der Execution.

1) Von Seiten der Staatsgewalt kann die Vollſtreckung rechtskräftiger Erkenntniſſe auf keine Weiſe gehindert werden[172]). Ein ſolcher Eingriff würde einer Verweigerung der Juſtiz gleichkommen, und einen Recurs an den Bundestag begründen können[173]). Auch durch einen ſogen. Competenzconflict — als gehöre die Sache nicht vor die Juſtiz-, ſondern vor die Verwaltungsbehörden — kann nach eingetretener Rechtskraft die Vollſtreckung nicht gehemmt werden. Die Analogie des von einem incompetenten Richter gefällten, und daher nichtigen, Urtheiles paßt für einen ſolchen Fall nicht[174]).

2) Dagegen kann die Executionsvollſtreckung in folgenden Fällen aufgehalten, beſchränkt oder ganz aufgehoben werden: 1) Wenn der Schuldner noch Zahlungsfriſten erlangt. Dieſe können ihm in der Regel nur mit Bewilligung des Gläubigers gegeben werden; denn wenn-

---

166) L. 5. D. de interdict. (43. 1.) Cap. 3. X. de testam. (3. 26.)
167) L. 13. §. 1. D. h. t.
168) Puchta, Dienſt der teutſchen Juſtizämter Bd. 2, §. 248.
169) J. R. A. §. 162. Daß dieſe Caution nicht aus L. un. Cod. uti possid. (8. 6.) abzuleiten ſei, iſt jetzt außer Zweifel. Rudorf in v. Savigny's Zeitſchrift Bd. 9, S. 27 flg.
170) Linde, Zeitſchrift Bd. 8, S. 220.
171) Archiv für civil. Praxis Bd. 14, S. 125 flg.
172) L. 3. C. ut lite pendente. (1. 21.) L. 3. C. sent. resc. non posse. (7. 50.) Wahlcap. Carl 7. art. 17. §. 1. Pfeiffer, prakt. Ausf. III, S. 270. Aehnliche Beſtimmungen finden ſich in vielen Particularrechten.
173) Wiener Schlußacte art. 29. 63. Klüber, öffentl. Recht d. t. B. §. 169, in Not. Minnigerode, was iſt Juſtiz- und was iſt Adminiſtrationsſache (Darmſtadt 1835), S. 179, 180.
174) Archiv f. civ. Praxis Bd. 23, S. 296.

gleich der Richter mit Berückſichtigung der Umſtände des Schuldners das tempus iudicati nach Billigkeit beſtimmen kann, ſo ſteht ihm doch gemeinrechtlich nicht die Befugniß zu, ohne Bewilligung des Gläubigers noch weitere Zahlungsfriſten zu geſtatten[175]). Jedoch hebt ein vom Regenten oder der Mehrzahl der Gläubiger ertheiltes förmliches moratorium die Executionsvollſtreckung auf. 2) Wenn der Schuldner Einreden vorbringt. Hier iſt jedoch zu unterſcheiden: a) Einreden gegen die bereits entſchiedene Sache ſind unzuläſſig, mit Ausnahme der ſogen. privilegirten Einreden. Von dieſen kann das beneficium competentiae nur eine Einſchränkung, das beneficium cedendarum actionum aber die Aufhebung der Execution, ſofern die Ceſſion verweigert wird, bewirken. Doch können nicht privilegirte Einreden den Umſtänden nach noch mittelſt restitutio contra rem iudicatam ex capite novorum, oder aus einem römiſch-rechtlichen Reſtitutionsgrunde zuläſſig werden. Ein ſolches Reſtitutionsgeſuch muß dann, wenn es nicht den Verdacht einer beabſichtigten Prozeßverſchleifung veranlaßt, die Execution hemmen[176]). b) Neu entſtandene und gegen die Schuld aus dem Judicate gerichtete Einreden ſind zuläſſig[177]), können aber nur, ſofern ſie liquid ſind, die Vollſtreckung hemmen. Sind ſie illiquid, ſo wird die Execution fortgeſetzt, doch hat der Gläubiger cautio de restituendo zu leiſten[178]), widrigenfalls die exequirten Objecte nur ad depositum genommen werden. c) Einreden, welche die Vorausſetzungen der Execution betreffen, ſind ſtatthaft, können aber nur, ſofern ſie liquid ſind, als hindernd in Betracht kommen. Einreden gegen den modus et ordo executionis ſind zuläſſig, ſie können indeß nicht Hemmung der Execution überhaupt, ſondern nur eine Prüfung und Siſtirung des unregelmäßigen Verfahrens veranlaſſen. 3) Nach dem oben Bemerkten kann die Einlegung eines Suspenſivrechtsmittels, ſofern zugleich mit derſelben um Reſtitution gegen die Deſertion nachgeſucht iſt, die Execution hemmen. 4) Entſteht Concurs über das Vermögen des Schuldners, ſo iſt jede von einem einzelnen Gläubiger erwirkte Execution zu ſiſtiren. 5) Wird von dritten Perſonen mittelſt einer Intervention Anſpruch an die im Wege der Execution in Beſchlag genommenen Gegenſtände erhoben, ſo iſt die Execution einſtweilen zu ſiſtiren. Betrifft der Anſpruch den Streitgegenſtand ſelbſt, ſo muß er ſofort beſcheinigt werden, wenn er die Vollſtreckung hemmen ſoll[179]). Betrifft er aber blos die abgepfändeten Objecte, ſo können dieſe zunächſt nur gegen Cautionsleiſtung zurückgegeben werden; zur vorläufigen Verhinderung des Verkaufes bedarf es indeß weder einer Cautionsleiſtung, noch einer Beſcheinigung der Anſprüche

---

175) L. 31. D. h. t. cap. 15. X. de sent. (2. 27.) Die Beſtimmungen des J. R. A. §. 170 flg. haben nur Beziehung auf die damalige Zeit.
176) Cap. 6. X. de int. rest. (1. 41.) Archiv für civ. Praxis Bd. 4, S. 143.
177) Cap. 4. X. de except. (2. 25.) L. 7. D. h. t.
178) Arg. des J. R. A. §. 107, 124.
179) Cap. 38. X. de testib. (2. 20.)

des Intervenienten[180]). Es iſt in einem ſolchen Falle räthlich, die Execution ſogleich auf einen anderen Gegenſtand zu richten; iſt ſolches aber nicht möglich, ſo muß vom Executionsrichter über jene Anſprüche entſchieden werden. Das römiſche Recht[181]) ordnet hier an, daß der Prätor oder der von ihm beauftragte, die Execution leitende und vollſtreckende Beamte summatim die Sache entſcheiden ſoll. In Fällen dieſes summatim cognoscere[182]) kam es nicht auf Beweiſe, ſondern auf bloße Wahrſcheinlichkeit an, und die Entſcheidung erfolgte nicht nach förmlicher Inſtruction der Sache vom iudex, ſondern vom Prätor durch ein bloßes Decret[183]). Dieſes wirkte dann nur, daß entweder die Execution fortſchritt, oder die ſtreitige Sache freigegeben wurde; den in Frage gekommenen Rechten ſelbſt ward dadurch nicht präjudicirt. Heut zu Tage kennt man indeß ein ſolches Verfahren nicht mehr, indem ſelbſt im ſummariſchen Verfahren eine wirkliche Beweisführung nothwendig und ein Entſcheiden auf Wahrſcheinlichkeiten nicht ſtatthaft iſt[184]). Es wird daher der Interventionsſtreit im unbeſtimmten ſummariſchen Prozeſſe verhandelt, und nach Führung der nöthigen Beweiſe entſchieden. Werden an der in Beſchlag genommenen Sache von einem Dritten beſſere Pfandberechtigungen geltend gemacht, ſo wird demungeachtet zum Verkauf geſchritten, die Sache jedoch nur alsdann zugeſchlagen, wenn ein ſolches Gebot geſchieht, daß der beſſere Pfandgläubiger befriedigt wird und noch ein Ueberſchuß für den Kläger bleibt[185]). Eine Intervention endlich, durch welche ein Dritter, getrennt von dem Beklagten, auftritt, im Weſentlichen jedoch nur deſſen Intereſſe verfolgt, iſt in der Executionsinſtanz nur dann zuläſſig[186]), wenn der Intervenient eine Nullität des früheren Prozeſſes, oder zuläſſige nova geltend machen kann[187]), und ſuspendirt dann die Execution.

Liebe.

Executivprozeß (Hilfsprozeß, Processus executivus). Unter den ſogenannten ſummariſchen Prozeſſen hebt ſich durch ſeine Individualität und praktiſche Bedeutung beſonders die Prozeßart hervor, welche der Sprachgebrauch Executivprozeß[1]) nennt. Dieſe ſeine Eigenthüm-

---

180) Mevius, dec. V. d. 211.
181) L. 15. §. 4. h. t.
182) Beſ. v. Savigny, Zeitſchrift Bd. 6, S. 230 flg.
183) Das alſo von ihm ſelbſt geändert oder zurückgenommen werden konnte. L. 14. h. t.
184) Archiv für civ. Praxis Bd. 7, S. 374 flg. Mittermaier, Prozeßvergleichung Beitr. 4, S. 109 flg.
185) L. 15. §. 5. h. t. Archiv für civ. Praxis Bd. 14, S. 174 flg., Bd. 15, S. 362 flg.
186) Linde, Zeitſchrift Bd. 5, S. 420, 421.
187) Mevius, dec. II. dec. 181.
1) Literatur: M. Colerus (ein ganzer Foliant), Tractatus de processibus executivis. Jenae 1586. (1595. 1602. zul. 1729.) Fr. Meradeus, Praxis universalis processus executivi. Neap. 1701. (Auch ein Foliant.) J. H. Berger, Electa processus executivi, possessorii. Lips. 1705. Ludovici, Einleitung zum Civilprozeß, 6. Aufl. (Halle 1719), Cap.

lichkeit zeigt ſich darin, daß der Kläger, indem er durch ſofortige Vorlegung einer Urkunde, welche ſeinen Anſpruch nach allen Seiten hin ins Licht ſetzt, deſſen Richtigkeit darthut, die Conſtatirung der *Aechtheit* vorausgeſetzt, die Verurtheilung des Beklagten erwirkt, wenn dieſer nicht ebenfalls ſofort das Entgegengeſetzte, die Unrichtigkeit des Anſpruches, darthut, während es ſonſt herrſchender Grundſatz iſt, daß dem Beklagten *vollſtändige* Vertheidigung geſtattet ſein ſoll, alſo auch ſolche, welche *nicht* mit dem *ſofortigen* Beweis ihres Thatſächlichen verbunden iſt.

Dieſe beſondere Form von ſummariſchem Civilverfahren hat eine tiefe ſich langſam entwickelnde hiſtoriſche Wurzel, welche in der Nothwendigkeit, den Credit in Schutz zu nehmen und zu fördern, ihren Boden fand[2]. Dieſe Nothwendigkeit führte zu dem Grundſatze, daß die

---

3, S. 21—36: Von dem processu executivo. *Leyser*, Medit. ad Pand. Vol. III. IV. (Lips. et Guelph. 1743.) Spec. 276.: De instrumento guarentigiato et processu executivo. p. 1095—1103. *Schaumburg*, Principia praxeos iuridicae iudiciariae, quae modos procedendi in iudicio ab ordinario diversos sistunt. (Jenae 1756.) Lib. II. Cap. II.: De processu executivo, p. 39—68. *Hofmann*, teutſche Reichspraxis Th. 2 (Frankf. 1765), Hauptſt. 71: Vom Exſecutivprozeß S. 392—413. *Fredersdorf*, Anweiſung für angehende Juſtizbeamte Bd. 2 (Lemgo 1773), S. 171—186: Von dem processu executivo. *Hommel*, teutſcher Flavius, 3. Ausg. (Bayr. 1755), s. v. Executivprozeß S. 273—282. *Knorre*, Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. (Halle 1777), Buch 3, Hauptſt. 2: Von dem executiviſchen Prozeß, S. 453—466. *Schmidt*, Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, 2. Aufl., Bd. 1 (Leipzig 1800), S. 82—99. Bd. 4 (1802), S. 54—60. *Danz*, Grundſätze des ſummariſchen Prozeſſes, 3. Ausg. (Stuttg. 1800), viertes Hauptſtück: Von dem Executivprozeſſe S. 49—66. *Mahlen*, Anleitung zum ſummariſchen Prozeſſe (Berl. 1804), S. 39—65: Von dem Executivprozeſſe. *Claproth*, Einleitung in ſämmtliche ſummariſche Prozeſſe, 4. Aufl. (Gött. 1808), achtes Hauptſtück: Vom Executivprozeſſe S. 245—271. *Grolman*, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten, 3. Aufl. (1810), S. 523—530: Von dem Verfahren in Fällen, in welchen der ſogenannte Executivprozeß eintritt. *Kori*, über den Executivprozeß und die Wiederklage nach gemeinem und königlich ſächſiſchem Rechte. Zweite verbeſſerte und mit den Geſetzen der übrigen Länder ſächſiſchen Rechtes vermehrte Auflage. Jena 1826. (Der Titel ſagt zu viel, indem der *gemeinrechtliche* Executivprozeß nur nebenbei berührt wird. S. die Recenſion der Schrift in der Hall. Allg. Literaturzeit. v. 1832, Nr. 97.) *Bayer*, Theorie der ſummariſchen Prozeſſe, mit Ausſchluß des Concursprozeſſes (München 1830), §. 40—47, S. 90—113. *Mackeldey*, Grundriß zu Vorleſungen über den gemeinen teutſchen und preußiſchen Civilprozeß, nebſt einem Anhange, die Lehre von den ſummariſchen Civilprozeſſen enthaltend (Bonn 1833), S. 18—25. *Martin*, Lehrbuch des teutſchen gemeinen bürgerlichen Prozeſſes, 11. Ausg. (Heidelb. 1834), §. 250—252, S. 435—442. v. *Linde*, Lehrbuch des teutſchen gemeinen Civilprozeſſes, 5. Aufl. (Bonn 1838), §. 360—363, S. 447—452. *Mittermaier*, der gemeine teutſche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußiſchen und franzöſiſchen Civilverfahren u. ſ. w., 4. Beitrag, 2. Aufl. (Bonn 1840), §. 5: Der teutſche Executivprozeß S. 154—190.

2) Vgl. beſ. *Strauss*, dissertatio de clausulis executivis. Mogunt. 1741. *Bayer* a. a. O. §. 41: Urſprung und Ausbildung des Executivprozeſſes S. 92—94. *Eichhorn*, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, 4. Ausg. Th. 3 (Gött. 1836), §. 463. *Mittermaier* a. a. O. S. 155—160 und *Briegleb*, Advocat in Nürnberg, über executoriſche Urkunden und Executiv-

Zweifelloſigkeit eines Anſpruches ſofort auch, in Folge ſeiner Anerkennung, die Befugniß begründen ſolle, im Zwangswege (durch Execution) zur Befriedigung geführt zu werden. Aus dieſer Wurzel iſt die — von Mehreren, z. B. von Malblanc, Principia iuris romani p. II. sect. post. (Tubing. 1802.) §. 604. p. 609. negirte — gemeinrechtliche Lehre vom Executivprozeß erwachſen, genährt von der Praxis, die in einzelnen Reichsgeſetzen — Reichsdeputationsabſchied v. J. 1600, §. 32[3]), Instrum. pac. osnabr. Art. IV. §. 47. (— nulli processus executivi decernuntur, nisi his exceptionibus praevia plenaria causae cognitione decisis —)[4]), Jüngſter Reichsabſchied, §. 174. (— im Falle des Saumſals auf bloße Vorzeigung der Obligation per paratam executionem wider den Schuldner verfahren worden —)[5]) — einigen Anhalt gewann. Nach dieſer Doctrin muß der Kläger (Implorant), welcher ſich den Vortheil des Reſultates des Executivprozeſſes zuwenden will, ſich zugleich gehörig zur Sache legitimiren[6]), mit der Klage (Imploration, executiviſche Klage) eine beglaubigte Abſchrift[7]) der fehlerfreien, den geltend zu machenden Anſpruch nach allen Seiten hin (— quid, quale, quando[8]), quantum, cui, a quo debeatur —) ins Licht ſtellenden (guarentigiirten) Urkunde, ſie mag ein öffentliches oder

---

prozeß (Nürnb. 1839), Th. 1. (Auch unter dem Titel: Geſchichte des Executivprozeſſes.) Th. 2. (Chreſtomatia von Belegſtellen zur Geſchichte des Executivprozeſſes.)

Von hiſtoriſchem Intereſſe iſt ein im zweiten Bande der Consil. Tubing. (Tubing. 1731.) S. 750—775 abgedrucktes Gutachten (Consil. 140.) v. J. 1651, das ſich mit einer im Jahre 1623 errichteten und zu einer executiviſchen Klage benutzten Schuldurkunde über 329,000 Ducaten beſchäftigt, welche drei Grafen von Fugger einem Venetianer ausſtellten. — Shylok's Verſchreibung!

3) Senkenberg, Sammlung der Reichsabſchiede Th. 3, S. 479.

4) Senkenberg a. a. O. S. 580.

5) Senkenberg a. a. O. S. 673. Neuendorf, vermiſchte Abhandlungen über Gegenſtände der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit (Ulm 1805), Abhandl. 5.: Begründung des Executivprozeſſes in den teutſchen Reichsgeſetzen; Commentar über den Reichsabſchied v. 1654, §. 174.

6) z. B. als Ceſſionar oder Geſchenknehmer. Vgl. J. G. Bauer, progr. an et quando assignatio processui executivo locum det? Lips. 1758. (Opusc. Tom. I. 45. p. 454 sq.) und den Rechtsfall bei Thon: Geſammelte Rechtsfälle, Criminalgeſchichten und rechtliche Bedenken aus dem Civil- und Criminalrechte, Bd. 1 (Ilmenau 1827), S. 71—80: VIII. Rechtsfall. Ueber die Gewähr der Klage und Erforderniſſe des Executivprozeſſes, und S. 275—307: XXII. Rechtsfall. Betrifft eine Schuldklage im Executivprozeſſe und in deſſen Gefolge mehrere intereſſante Nebenumſtände.

7) Daß die Abſchrift beglaubigt ſein müſſe, ergibt ſich aus dem Zwecke, iſt auch in einzelnen teutſchen Staaten ausdrücklich vorgeſchrieben, z. B. in Sachſen-Altenburg durch eine Verordnung vom 14. Juli 1828. Martin, Jahrbücher der Geſetzgebung und Rechtspflege in Sachſen, Bd. 1, Jahrg. 1828, (Neuſt. 1829), S. 9.

8) Ueber die Frage, ob, wenn die Urkunde hinſichtlich der Zeit, da dem Anſpruche Genüge geſchehen ſoll, ſchweigt, ſ. Seuffert, civiliſtiſche Erörterungen (Würzb. 1820), Abhandl. II, S. 27 flg.

ein Privatdocument ſein[9]), beibringen. Die Bitte geht dahin, einen Termin zur Vorlegung der Urſchrift dieſer Urkunde (oder Urkunden) und Anerkennung ihrer Aechtheit (wenn ſie Privaturkunde iſt) oder Einſicht (wenn die Urkunde eine öffentliche), und den Beklagten (Imploraten) zum Erſcheinen in demſelben unter dem Androhen anzuberaumen, daß im Falle ſeines Nichterſcheinens die Urkunde als ächt anerkannt (agnoſcirt oder recognoſcirt) werden würde, und ihn ſodann zur Erfüllung der dadurch documentirten Verbindlichkeit, ſo wie zur Erfüllung der erwachſenen Koſten zu verurtheilen. Zeigt die Klage weder im Allgemeinen noch in ihrer Eigenſchaft als executiviſche Klage einen erheblichen Mangel, und iſt namentlich der Inhalt der Urkunde von der Art, daß ſie, ihre Aechtheit vorausgeſetzt, den Richter von der Richtigkeit des klagend verfolgten Anſpruches in vollem Umfange überzeugt[10]), ſo theilt er das Duplicat des Klaglibells oder eine beglaubigte Abſchrift des Protocolls, welches über die mündlich angeſtellte Klage aufgenommen wurde, nebſt beiliegender Abſchrift der Urkunde dem Beklagten mit, beraumt Termin an und ladet dazu beide Theile vor[11]). Dem Kläger wird dabei der Rechtsnachtheil angedroht, daß im Falle ſeines Nichterſcheinens oder der Nichtvorlegung des Originals der Urkunde der Beklagte von der Klage in ihrer Eigenſchaft als executiviſche entbunden werde, während der Beklagte unter dem Präjudiz vorgeladen wird, daß ſein Nichterſcheinen ſo angeſehen werde, als erkenne er die Aechtheit der Urkunde an. Der vom Beklagten accuſirte Ungehorſam des Klägers hat die Realiſirung des ihm angedrohten Rechtsnachtheiles zur Folge, wornach Beklagter in ſo weit von der Klage entbunden wird, als ihre Eigenſchaft als executiviſche reicht, und ſie die Wirkung haben ſollte, welche dieſer Qualität entſpricht. Der vom Kläger accuſirte Ungehorſam des Beklagten veranlaßt den Richter zur Realiſirung des angedrohten Rechtsnachtheiles und ſo zur Erlaſſung des von dem Kläger erbetenen Urtheiles. Erſcheinen

---

9) Ob auf Grundlage eines Geſetzes executiviſch geklagt werden könne? ſ. Klein, merkwürdige Rechtsſprüche der halliſchen Juriſtenfacultät, Bd. 1 (Berl. 1796), Nr. VIII, S. 68—70: Kann aus einem Geſetze executiviſch geklagt werden? (Mittheilung eines die Frage verneinenden beſtätigenden Erkenntniſſes.) Vgl. auch noch Berger l. c. §. 35.

10) T. J. Reinhardt, dissertatio de qualitate actionum et exceptionum in processu executivo. Erford. 1735.

Verbreitet ſich die Urkunde über mehrere Anſprüche und erſcheint ſie nur hinſichtlich einzelner derſelben als guarentigiirt, ſo hat der Richter nur inſoweit den Executivprozeß einzuleiten und gegebenen Falles dann auch zu Gunſten des Klägers zu erkennen. Leyser l. c. med. 3., wo ein Urtheil der Juriſtenfacultät zu Helmſtädt mitgetheilt wird — „weil aber der vornehmſte Poſten der 150 Thaler ſich auf klare Briefe und Siegel gründet — ſo haben wir liquidum ab illiquido ſeparirt und Beklagten nach vorgängiger Recognition des Reverſes zur Zahlung, jedoch gegen Beſtellung genugſamer Caution wegen der Wiederklage, condemnirt."

11) Vgl. über das Verfahren überhaupt Reingruber, Abhandlungen über dunkle Civilgeſetzſtellen (Landshut 1814), S. 199 flg.

beide Theile, ſo legt Kläger das angebliche Original der Urkunde[12]) vor und trägt, wenn ſie ein öffentliches Document iſt, darauf an, daß ſie dem Beklagten zur Einſicht vorgelegt werde, während er, wenn ſie Privaturkunde iſt, darum bittet, daß ſie demſelben zur Agnition oder eidlichen Ableugnung vorgelegt wird. Der Richter legt hierauf dem Beklagten das Original vor und fordert ihn auf, ſich darüber zu erklären. Beſchränkt ſich dieſer darauf, die Aechtheit der Urkunde anzuerkennen, ſo erläßt der Richter das der Klagbitte entſprechende Urtheil. Beſchränkt ſich der Beklagte darauf, die Aechtheit der Urkunde abzuleugnen, ſo kommt es darauf an, ob ſie öffentliches oder Privatdocument iſt. Im erſten Falle erfolgt, wenn der Richter (aus der Beſchaffenheit des Documentes) ſofort von deſſen Aechtheit ſich überzeugt findet, oder Kläger in continenti dieſe Aechtheit darthut, daſſelbe Urtheil zu Gunſten deſſelben, im entgegengeſetzten Falle die Entbindung des Beklagten von der Klage in ihrer Eigenſchaft als executiviſche. Im letzteren Falle wird Beklagter, jedoch nur auf den beſonderen Antrag des Klägers, welcher, wenn er die Aechtheit durch Schriftvergleichung u. ſ. w. darthun zu wollen erklärt, dadurch auf den Executivprozeß verzichtet und das ordentliche Verfahren herbeiführt, zur Ableiſtung des Diffeſſionseides angehalten. Je nach deſſen Verweigerung oder Ableiſtung erfolgt Verurtheilung oder Entbindung des Beklagten. Bringt dagegen Beklagter, entweder die Erklärung über die Aechtheit der Urkunde verweigernd, oder mit Vorbehalt ſeiner Zuſtändigkeiten abgebend, Einreden vor, ſie mögen verzögerliche[13]) oder zerſtörliche[14]) ſein, ſo wird ſofort darüber bis zum Schluſſe verhandelt und dann das dem Gehalt derſelben entſprechende Urtheil erlaſſen[15]), gegen welches die allgemeinen Rechtsmittel gerichtet werden können.

Findet der Richter bei der Prüfung der executiviſchen Klage einen erheblichen Mangel in dieſer ihrer Eigenſchaft, beſonders in Bezug auf die Urkunde, auf welche ſie ſich ſtützt, ſo leitet er, unter Hervorhebung deſſelben, das ordentliche Verfahren ein.

Dieſe Grundzüge der Lehre vom gemeinrechtlichen Executivprozeſſe ſind von einem vielfachen Kreiſe von Streitfragen umringt; ja! man

---

12) Ob ſogenannte exemplificirte Urkunden gleichen Werth haben? Bejahende Entſcheidung bei Schorch, sentent. et resp. Erford. sent. 351. Claproth a. a. O. §. 160, S. 252, iſt für die Bejahung.

13) Zu dieſen dilatoriſchen Einreden gehören beſonders die, welche das Weſen des Verfahrens überhaupt betreffen oder die Bedingungen des Executivprozeſſes, der nicht hätte eingeleitet werden dürfen, negiren.

14) Zur Caſuiſtik der Lehre von den im Executivprozeſſe ſtatthaften zerſtörlichen Einreden ſ. beſ. Canngiesser, collectiones decisionum supr. trib. appell. Hasso-Casell. Tom. I. (Cass. 1768.) decis. 50. p. 189 sq. (Erkenntniß auf Zuläſſigkeit der Einrede der Theilung.) Gebr. Overbeck, Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, Bd. 6 (Hann. 1802), Med. 335.: Ueber die peremtoriſchen Einreden im Executivprozeß. Ein Fall davon S. 161—177.

15) Mit den illiquiden Einreden, d. h. mit denen, welche nicht (z. B. wegen eines Rechtsprivileges) in ſich ſelbſt liquid ſind, oder welche der Beklagte nicht ſofort liquid gemacht hat, wird derſelbe zur beſonderen Ausführung durch

kann ſagen, dieſe Doctrin ſei ein Conglomerat, eine Moſaik von Controverſen. Gönner bemerkt im Eingange der weiter unten anzuführenden Abhandlung 77. im vierten Bande ſeines Prozeßhandbuches mit Recht, daß die außerordentliche Verfahrungsart des Executivprozeſſes, weil ſie „nur dem Gerichtsgebrauche ihre Exiſtenz" verdanke, dieſem auch „die vielen Streitigkeiten verdanke, welche in dieſer frequenten Materie herrſchten", und ſchon Mevius, vollſtändiger Commentar von wucherlichen Contracten (Frankf. 1729), S. 15, fügt, indem er einen Blick auf die buntgefärbte Praxis des Executivprozeſſes geworfen, hinzu: „Und wer mag die mancherlei Arten, bei den Gerichten zu verfahren, erzählen; einem jeden gefällt dabei ſeine Weiſe."

Eine der wichtigſten Streitfragen iſt die, ob die Einrede des nicht gezahlten Geldes (except. non num. pec.) eine ſolche ſei, welche der Beklagte der gegen ihn gerichteten Executivklage entgegenſetzen könne, eine ſolche, womit er gehört werden müſſe? Viele Juriſten lehren und vertheidigen den Satz, daß auch dann, wenn die Einrede des nicht gezahlten Geldes innerhalb des Bienniums opponirt würde, der Beklagte damit nicht gehört werden dürfe, ſondern zur beſonderen Geltendmachung ſeiner Rechtszuſtändigkeiten (durch Anſtellung einer Wiederklage) verwieſen werden müſſe, es ſei denn, daß er ſofort zugleich ihre Richtigkeit darthue. Zu ihnen gehört Schaumburg l. c. §. 11. Anmerk. 5. (verior, supposita processus executivi indole, videtur sententia eorum, qui negant, huic exceptioni locum esse si in continenti probari nequeat), Knorre a. a. O. §. 21, S. 464., J. H. Böhmer, doctrina de actionibus. (Hal. 1765.) sect. II. cap. VIII. §. 61. p. 577., Schilter, praxis iuris romani. Editio quarta. Tom. II. (Francof. 1733.) Exercit. XXII. §. 20. p. 150[16]), Hellfeld, iurisp. forens. Editio quarta. (Jenae 1801.) §. 767. p. 315., Danz a. a. O. S. 55., Schmidt, praktiſches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden, 6. Ausg. (Jena 1803), §. 881, S. 635 und Elſäſſer, gemeinnützige juriſtiſche Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. 2, Abh. 2. Dieſen Rechtslehrern hat ſich eine Majorität von Prozeſſualiſten gegenüber geſtellt, welche dafür ſtreiten, daß, wenn die Einrede des nicht gezahlten Geldes innerhalb des Bienniums opponirt

---

Anſtellung einer Klage (Wiederklage) verwieſen. Freilich oft ein ſchlechter Troſt. Schon zur Zeit des Kammergerichtes in Wetzlar, ſo ſagt der erfahrungsreiche Verfaſſer von „Welt und Zeit" (Advocat Jaſſoy in Frankfurt) S. 221 ſeiner Aphorismen über bürgerliche Geſetzgebung und Rechtspflege (Stuttg. 1826), behaupteten Advocaten und Clienten, die freie Ueberſetzung eines Verweiſungsdecretes ad separatum heiße: Laufe ihm nach, um nichts zu bekommen!

Ob Vermuthungen dem Beweiſe der Richtigkeit der Einrede gleichſtehen? ſ. darüber Mevius, decisiones. P. IV. dec. 355.

16) Es heißt dort namentlich: Debitor, de non facta numeratione excipiens, fundamentum suae exceptionis nullum, nisi inficiationem allegat suam. Quare paratam executionem quomodo poterit impedire? Certe enim semper eludere possent debitores processum executivum per hanc exceptionem, quia probationes per testes et iuramentum in hoc genere processus non habent locum.

werde, dieſes, da ſie in ſich ſelbſt begründet ſei, mit Beſtand geſchehe. Ludovici a. a. O. §. 2, S. 23. Titius, ius priv. rom. germ. (Lips. 1709.) lib. 12. cap. 12. §. 15. p. 1593. 1594. Fredersdorf a. a. O. S. 173. Mahlen a. a. O. S. 46. Gönner, Handbuch des teutſchen gemeinen Prozeſſes, 2. Aufl., Bd. 4 (Erl. 1805), Abh. 77: Von der Einrede des nicht gezahlten Geldes im Executivprozeſſe S. 192—211. Glück, Commentar Bd. 12, S. 159 flg. Bayer a. a. O. §. 46, S. 106 Anmerk. Mackeldey a. a. O. S. 24. Mittermaier a. a. O. S. 183. Die Streitfrage, welche Grolman a. a. O. mit Stillſchweigen übergangen hat, findet ihre Entſcheidung in dem Charakter der Einrede ſelbſt, die nur dem Namen nach Einrede, der Sache nach verneinende Einlaſſung iſt. Es fragt ſich noch, ſagt Mackeldey a. a. O., ob und inwiefern die exceptio non num. pec. im Executivprozeß ſtattfinde, wenn die Klage aus einer Schuldverſchreibung angeſtellt wird. Viele, fügt er hinzu, wollen nun zwar dieſe Einrede nur dann zulaſſen, wenn ſie in continenti liquid iſt. Allein dieß beruht auf einer falſchen Anſicht von der Natur dieſer Einrede. Die ſogen. exceptio non num. pec. iſt nämlich gar keine wahre Einrede, welche der Beklagte zu beweiſen und liquid zu machen hat, ſondern ſie iſt negative Litisconteſtation, welche den Kläger zum Beweiſe verpflichtet. Da nun ein chirographum über ein mutuum vor Ablauf von zwei Jahren weder Beweis, noch obligatoriſche Kraft hat, ſo muß man, wenn früher daraus geklagt wird, die exceptio non num. pec. auch im Executivprozeſſe dagegen zulaſſen. Vgl. noch Pfeiffer, vermiſchte Aufſätze über Gegenſtände des teutſchen und römiſchen Privatrechtes (Marb. 1803), Auff. III, §. 10, S. 132, 133, und deſſen praktiſche Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswiſſenſchaft Bd. 2 (Hann. 1828), Abh. II: Ueber den objectiven Umfang der Anwendbarkeit der Einrede des nicht gezahlten Geldes, ſo wie Roßhirt, über acceptiones im Allgemeinen und über die exceptio non adimpleti contr. non num. pec. u. ſ. w. S. 336—373 des zweiten Bandes ſeiner Zeitſchr. für Civil- und Criminalrecht. Heidelb. 1837. (Der Verf. betrachtet dort die except. non num. pec. auch in ihren prozeſſualiſchen Beziehungen.)

Eine zweite Streitfrage beſchäftigt ſich damit, welche Beweismittel dem Beklagten, welcher die vorgeſchützte Einrede ſofort liquid ſtellen muß, zu dieſem Zwecke formell zu Gebote ſtehen[17]? Nach Einigen kann nicht blos Urkunde, ſondern auch Eidesdelation[18]) zur Hand genommen wer-

---

17) J. C. Schröter, diss. de probatione, per testes et praesumtiones, itemque iuramento iudiciali et necessario in processu executivo locum habente. Jenae 1723. J. F. Mantzel, dissertatio de processu executivo, maxime quoad delationem iuramenti litis decisorii. Rost. 1749.

18) Sogar die Zuläſſigkeit des Zeugenbeweiſes wird vertheidigt, z. B. von Mevius l. c. (Commentar) §. 17, S. 177—179 und Albrecht, Entſcheidung merkwürdiger Rechtsfälle (Hannover 1800), Bd. 2, S. 118 flg.: Iſt im Executivprozeß zur Erweiſung der Einreden der Beweis durch Zeugen ganz verwerflich?

den. Ludovici a. a. O. §. 20, S. 31, 32. Fredersdorf a. a. O. S. 178. Knorre a. a. O. §. 20, S. 463. Mevius a. a. O. (Commentar u. ſ. w.) S. 179. Leyser l. c. med. 2. Stryk, usus modern. Tom. II. lib. 12. tit. 2. §. 23. und deſſen Tract. de Cautel. Juram. Edit. IV. (Hal. 1732.) p. 279. Glück, Commentar Bd. 17, S. 287. Hagemann, praktiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit Bd. 7, S. 20. Claproth a. a. O. §. 169, S. 267. Cramer, observ. iur. univers. Tom. I. obs. 431. Andere Rechtslehrer, z. B. Struv, iurisprudentia romano-germanico-forensis. (Francof. 1760.) lib. IV. tit. XVIII. de processu executivo §. 6. p. 509., Gundling, akademiſcher Discours oder Vorleſungen über G. A. Struv's iurispr. rom. germ. for. (Frankf. 1746), S. 424, Titius l. c. §. 13. (während im §. 14 Ausnahmen geſtattet werden), Schaumburg l. c. §. 2. Note 3, Wernher, observ. sel. P. I. obs. 36., Schmidt, Commentar Bd. 1, S. 95, 96, Danz a. a. O. §. 37, S. 64, Berger l. c. §. 37—45, Grolman a. a. O. §. 243, S. 526, Gönner a. a. O. §. 4, S. 197, 198, Thibaut, Syſtem des Pandektenrechtes, 5. Aufl., Bd. 3 (Jena 1818), §. 1212, Note a, Mackeldey a. a. O. S. 24, Linde a. a. O. §. 362, S. 450, ſchließen die Eidesdelation aus, allerdings mit haltbaren Gründen, weil dem Delaten nach gemeinem Rechte die Gewiſſensvertretung zu Gebote und das dadurch herbeigeführte gegliederte Verfahren mit dem Executivprozeſſe in Widerſpruch ſteht. Vgl. noch Mittermaier a. a. O. S. 183, 184.

Drittens wird darüber geſtritten, ob, ohne Rückſicht auf den Grund und das Object der Klage, der Weg des Executivprozeſſes zugänglich ſei, oder ob in dieſer Beziehung eine Beſchränkung ſtattfinde? Letzteres behaupten Bauer, progr. de processu executivo, ob causam legati non admittendo. Lips. 1758. (opusc. Tom. I. nr. 44.), Fischer, progr. Num legatarius heredem ex testamento processu executivo convenire queat? Viteb. 1783., Grolman a. a. O. §. 243, S. 524, 525, Heffter, Inſtitutionen des römiſchen und teutſchen Civilprozeſſes (Bonn 1825), S. 433, Claproth a. a. O. §. 160, Martin a. a. O. §. 250, S. 436, Linde, §. 360, S. 447, während für Unbeſchränktheit ſtreiten: Kori a. a. O. §. 6, Schmidt, Commentar Bd. 4, §. 43, S. 59 (Bd. 2, §. 490, S. 388 hebt der Vf. hervor, daß die dingliche Pfandklage nicht im Wege des Executivprozeſſes geltend gemacht werden könne), Reinhardt l. c. §. 4., Danz a. a. O. §. 30, S. 51, Süptitz, Lehrbuch der ſummariſchen Prozeſſe (Braunſchw. 1807), §. 42. Der Zweck des Inſtitutes des Hilfsprozeſſes ſtreitet für dieſe Meinung, welche ſich auch in einem von Hert, Consilia et Responsa. Tom. I. (Francof. 1729.) p. 168 sq., mitgetheilten Gutachten der Juriſtenfacultät zu Gießen vertheidigt findet, das ſich dahin ausſpricht, daß aus einem Erbvertrage executiviſch geklagt werden könne.

Mit dieſer Streitfrage ſteht eine vierte Controverſe in Relation,

die, ob auch auf Grund eines zweiſeitigen Vertrages executiviſch geklagt werden könne[19]? Der verneinenden Meinung ſind Ludovici a. a. O. §. 1, S. 23, Fredersdorf a. a. O. S. 172, 173, Holzſchuher, der Rechtsweg. Ein Verſuch vergleichender Geſetzeskritik des franzöſiſchen mündlichen und gemeinen teutſchen ſchriftlichen Civilprozeſſes (Nürnberg 1831), S. 550, Heffter a. a. O. S. 434, während eine Mehrzahl von Rechtslehrern ſich für Bejahung der Frage entſchieden hat, indem ſie darauf hindeutet, daß es genüge, wenn der Kläger durch die ſofort beigebrachte Urkunde zugleich darthue, daß er von ſeiner Seite den Vertrag erfüllt habe. Wir finden auf dieſer Seite Schaumburg l. c. §. 7, Knorre a. a. O. §. 9, S. 458, Hofmann a. a. O. §. 1637, S. 402, 403, Schmidt, Commentar Bd. 1, §. 58, S. 83, 97. Note, Mahlen a. a. O. §. 25, S. 42, Danz a. a. O. §. 30, S. 51, Claproth a. a. O. §. 160, S. 250, 251, Mackeldey a. a. O. S. 19, Martin a. a. O. §. 250, Note b, Linde a. a. O. §. 360, S. 448. Dieſer Theorie hat ſich, in beſonderer Beziehung auf den zweiſeitigen Vertrag zwiſchen der Lotteriedirection und Spielern, angeſchloſſen Bender, die Lotterie. Eine juriſtiſche Abhandlung. Heidelberg 1832. (Beilageheft zum 15. Bande des Archives für die civiliſtiſche Praxis.) S. 122[20]). Die Geſchichte[21]) und der Zweck des Inſtitutes ſpricht für Bejahung der Streitfrage.

Auch darüber herrſcht Differenz, ob, gleich den Einreden, auch Repliken in continenti (durch Urkunden) liquid zu ſtellen ſeien? Martin, §. 252, S. 442, und Heffter a. a. O., verneinen dieſes, wohl, wie ſich Bayer a. a. O. S. 111 ausdrückt, aus keinem anderen Grunde, als weil die dadurch entſtehende Verzögerung nur dem Kläger nachtheilig iſt, dieſer aber auf das beſchleunigte Verfahren Verzicht leiſten kann. Für Bejahung ſind Linde a. a. O. §. 263, S. 451 und Bayer a. a. O. und mit Grund. Denn wenn man, um mit Letzterem weiter zu reden, erwägt, daß durch die Zulaſſung von Repliken, wogegen ſodann auch illiquide Dupliken gehört werden müſſen, ein ſeltſames Gemiſch von ſummariſchem und ordentlichem Verfahren entſteht, nach deſſen Beendigung möglicher Weiſe noch ein neuer ordentlicher Prozeß über diejenigen Einreden nachfolgen könnte, welche der Beklagte ihrer Illiquidität halber im Executivprozeſſe gar nicht berührt hatte, ſo dürfte wohl die Meinung derjenigen den Vorzug verdienen, welche in dem Falle, wo einer vollkommen liquiden peremtoriſchen Einrede nichts, als eine illiquide Replik entgegengeſetzt wurde, annehmen, daß der Kläger im Executivprozeſſe abzuweiſen ſei und demſelben nichts Anderes übrig bleibe, als im ordentlichen Prozeſſe aufzutreten und die illiquide Replik in dem Vortrage ſeiner Klage zu anticipiren. Vgl. noch Mittermaier a. a. O. S. 187.

Ferner wird darüber geſtritten, ob, wenn zwiſchen beiden Theilen

---

19) Mittermaier a. a. O. S. 172—174.

20) A. M. iſt Beschorner, dissert. quaestiones nonnullas ad ius Lottar. pert. sistens. (Dresd. 1806.) Cap. V. §. 3. p. 34.

21) Briegleb a. a. O. S. 137. Mittermaier a. a. O. S. 173.

eine Aufkündigung (Loskündigung) verabredet wurde, Kläger auch dann ſofort durch Urkunde darthun müſſe, daß er aufgekündigt habe und die ſtipulirte Friſt abgelaufen ſei? Die meiſten Prozeſſualiſten erfordern dieſes, z. B. Fredersdorf a. a. O. S. 172, Danz a. a. O. §. 32, Note d, S. 56, Bayer a. a. O. §. 43, S. 99, Mahlen a. a. O. §. 28, Note 3, S. 47, während andere Rechtslehrer von dieſem Erforderniſſe abſehen, z. B. Kori a. a. O. S. 24, Claproth a. a. O. §. 161, S. 255, Mittermaier a. a. O. S. 177, und meinen, es genüge, wenn der Kläger darauf antrage, daß dem Beklagten zur Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit eine Friſt anberaumt werde, welche die Aufkündigungsfriſt umfaſſe.

Endlich iſt auch die Frage controvers, ob das gegen das im Executivverfahren erlaſſene Urtheil ergriffene Rechtsmittel Suspenſiveffect genieße? Dieſe Frage findet ſich verneint bei Claproth a. a. O. §. 173, S. 273[22]), Kori a. a. O. §. 31 und Martin §. 252, S. 442, dagegen bejaht bei Hofmann a. a. O. §. 1649, S. 411, 412, Schaumburg l. c. §. 13, S. 64, 65, Bayer a. a. O. S. 112, Linde a. a. O. §. 363, S. 452 und Mittermaier a. a. O. S. 188, und zwar mit Recht, da das gemeine Recht der Behauptung, daß das Rechtsmittel ſeines weſentlichen Effectes beraubt ſei, keinen Anhalt bietet.

Faſt iſt auch die Frage Controverſe, ob zu den zuläſſigen verzögerlichen Einreden auch die Einrede der fehlenden Caution wegen der Widerklage[23]), welche der Beklagte vorſchützt, um Sicherheit zu gewinnen, wenn er dadurch ſeine zum beſonderen Rechtsgange verwieſenen Anſprüche richtig geſtellt hat, zu rechnen ſei? Indeſſen ſteht die Meinung der Rechtslehrer ſo ſehr auf der Seite der Bejahung der Frage[24]), daß

---

22) Dieſer Prozeſſualiſt verſagt indeſſen nur dann die Suspenſivwirkung, wenn Beklagter das Rechtsmittel ergreift. Ihm hat ſich angeſchloſſen Mackeldey a. a. O. S. 25.

23) Auch darüber, ob Beklagter mit der, der Erklärung auf die Klage beigefügten Widerklage (vorausgeſetzt, daß ſie in continenti liquid gemacht wird) gehört werde, iſt Zweifel. S. Wernher l. c. Tom. I. P. 5. obs. 214. Martin a. a. O. §. 251, S. 440, 441. Sartorius, die Lehre von der Widerklage nach dem gemeinen teutſchen Civilprozeſſe (Erl. 1838), S. 347. Mittermaier a. a. O. S. 180, 181. Ueber executiviſche Widerklage gegen Klage im ordentlichen Prozeß ſ. Weber, Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden (Schw. 1789), zweite Betrachtung, S. 30—35.

24) Claproth a. a. O. §. 167, S. 264, 265, ſagt: Von verzögerlichen Einreden haben diejenigen, welche das Weſentliche des gerichtlichen Verfahrens betreffen, ſtatt; hierher wird aber die Einrede der zu beſtellenden Sicherheit der Widerklage und Unkoſten halber unbillig gerechnet, fügt aber §. 173, S. 273, 274 hinzu: Wird der Implorat zur Zahlung verurtheilt und mit ſeinen unerwieſenen, aber doch nicht ganz verwerflichen Einreden zum beſonderen Verfahren verwieſen, der Implorant wäre aber nicht völlig zahlbar, ſo kann er nicht anders, als gegen Sicherheitsbeſtellung wegen Erfüllung des künftigen Urtheiles (cautio de iudicato solvendo), über deren Tüchtigkeit das Gericht zu urtheilen hat, zur Zahlung angehalten werden.

ſie kaum als Streitfrage anzuſehen iſt. Leyser, Medit. Sp. 34. Med. 6. 7. Wernher l. c. Tom. II. P. 7. Abh. 233. Tom. III. P. 2. obs. 298. Engau, Decisiones et resp. T. I. Decis. 213. nr. 3. Schmidt, Commentar Bd. 1, §. 121. Fredersdorf a. a. O. S. 137. Hofmann a. a. O. §. 1644, S. 407. Hennings, Zuläſſigkeit der Wiederklage und der Vorſtandsforderung, inſonderheit im Executivprozeſſe (Hamb. 1806), S. 65 flg. Bayer, §. 46, S. 107, 108, Note 7. Linde a. a. O. §. 362, S. 450. Mittermaier a. a. O. S. 180.

Bei dieſem unſicheren Boden der Theorie erſcheint auch die hier überſichtlich zu betrachtende Rechtsſprechung mehr oder weniger ſchwankend. Am wenigſten iſt dieſes noch der Fall hinſichtlich der Frage der Zuläſſigkeit der Einrede des nicht gezahlten Geldes, indem ſich die Praxis der Theorie zugewendet hat, daß dieſe Einrede ihrer Natur nach als zuläſſig erſcheine, ſo, daß der Beklagte auch dann damit gehört werden müſſe, wenn er nicht ſofort ihre Richtigkeit darthue.

In Bezug auf die Frage, ob dem Beklagten für Liquidſtellung ſeiner Einrede die Eideszuſchiebung zu Gebote ſtehe, finden wir Entſcheidungen, welche ſie bejahen. Nach dem Zeugniſſe von Leyser, Sp. 135, med. 2., ſprach ſich im Jahre 1716 die Juriſtenfacultät zu Helmſtädt dahin aus. Gleiches that, wie uns Hagemann, prakt. Erörter. Bd. 7 (Hann. 1824), S. 20, berichtet, das Oberappellationsgericht in Celle.

Hinſichtlich der Controverſe, ob in Bezug auf den Grund oder das Object der Klage die Beſchreitung des Weges des Executivprozeſſes Beſchränkungen unterworfen ſei, finden wir verneinende Entſcheidungen. Bei Mevius, decis. P. 8. dec. 191. ſteht ein Erkenntniß vom J. 1660, deſſen Inhalt die Ueberſchrift angibt: Contra tertium rei hypothecariae possessorem ex instrumento paratam executionem habente executive agitur, während P. 7. dec. 124. ein Urtheil v. J. 1659 mitgetheilt wird, das in gleichem Sinne erlaſſen wurde: Contra tertium rei oppignoratae possessorem processus executivus competit. Berger, decisiones summi pro vocat. senatus Elect. Saxon. Dresd. 1720., beurkundet Erkenntniſſe, deren weſentlicher Inhalt gleichfalls von der Aufſchrift angedeutet wird, z. B. p. 350. dec. 367.: Processus executivus instituì potest ab herede contra heredem. P. 351.: Ex testamento scripto, eoque iudiciali, executive agi potest. Leyser, erwähnt Sp. 381. med. 5. eines Erkenntniſſes der Juriſtenfacultät zu Helmſtädt v. J. 1716, welches eine executiviſche Klage des Legatars auf Grund des letzten Willens gegen den Erben zuließ (ſ. auch noch Sp. 500. med. 7. 8.), und Sp. 307. med. 1. eines Spruches dieſer Facultät, welcher ſich dafür entſchied, daß aus Ehepacten executiviſch geklagt werden dürfe.

Beſonders zahlreiche Nachweiſungen der Praxis finden wir hinſichtlich der Streitfrage, ob auch aus zweiſeitigen Verträgen executiviſch geklagt werden könne. Die Rechtsſprechung zeigt ſich hier der Bejahung hingeneigt. Dieſe Praxis früherer Zeit finden wir bei Berger l. c. (decisiones), z. B. p. 292. dec. 304.: Ex instrumento

emtionis venditionis, quo venditor evictionem omnimodam promiſit, executive agi potest, actori iniuncta implementi probatione etc. vgl. mit p. 310. dec. 325.: Exceptionum secuti implementi etiam in processu executivo locum habet, und Puffendorf, observ. iur. univ. Tom. III. obs. 210.: An ex contractu bilaterali agi possit? wo ein Erkenntniß des Appellationsgerichtes in Celle mitgetheilt wird. Aus neuerer Zeit finden wir dieſe Praxis beurkundet bei Klein, merkwürdige Rechtsſprüche der halliſchen Juriſtenfacultät Bd. 3 (Berl. 1798), S. 176—178: Aus dem Pachtvertrage allein findet in Anſehung der dadurch übernommenen Verbindlichkeit keine Executivklage ſtatt. (Der aus einer Urkunde über einen abgeſchloſſenen Pachtvertrag executiviſch klagende Verpächter wurde auch darum mit der Klage abgewieſen, weil er nicht zugleich dargethan habe, daß er ſeinen Verbindlichkeiten genügt habe.) Mahlen a. a. O. §. 25, S. 42, Note 3, wo eines Erkenntniſſes des oberſten Gerichtes von Schwediſch-Pommern v. J. 1801 gedacht wird, das in gleichem Falle auf gleiche Art entſchied, und Bopp, Nachträge zur heſſen-darmſtädtiſchen Civilprozeßordnung v. J. 1724 flg. (Darmſt. 1839), S. 409 flg. Hier wird die Praxis des Oberappellationsgerichtes in Darmſtadt (Erkenntniſſe aus den Jahren 1829[25]) und 1830) dargeſtellt, welche im Weſentlichen ſich dahin geſtaltet hat: Auch aus zweiſeitigen, beſonders aus Pachtverträgen, kann, vorausgeſetzt, daß Kläger die Erfüllung ſeiner Verbindlichkeiten ſofort urkundlich darthut, executiviſch geklagt werden. Bei fortlaufenden Verbindlichkeiten, wie ſie namentlich aus Pachtverträgen erwachſen, genügt es aber, wenn der klagende Verpachter durch Urkunden nachzeigt, daß er den Pachtvertrag einmal vollſtändig erfüllt habe, alſo z. B. von ihm das Verpachtete dem Pächter überliefert worden ſei. Behauptet nun der belangte Pächter, daß der Verpächter während der Pachtzeit den Vertrag nicht erfüllt habe, oder, mit anderen Worten, daß derſelbe ſich vertragswidriger Handlungen ſchuldig gemacht habe, z. B. daß er dem Pächter einen Theil des Verpachteten wieder entzogen habe, ſo erſcheint dieſes Vorbringen als Einrede, welche Beklagter zu beweiſen hat, daher es nicht dazu dienen kann, um die Verwerfung der Executivklage zu erwirken. Ebenſo wenig erſcheint der Executivprozeß dann als unſtatthaft, wenn der klagende Verpächter, welcher nach dem Zeugniſſe des producirten Pachtbriefes ein gewiſſes Pachtgeld liquid

---

25) Nach einem anderen Erkenntniſſe deſſelben oberſten Gerichtes v. J. 1829 kann der Ausſteller einer guarentigiirten Schuldurkunde dadurch, daß er ſeine illiquiden (nicht in continenti erweislichen) Einreden praeveniendo, im Gewande einer Klage, vorbringt, dem Executivprozeſſe und deſſen Wirkungen, unter dem Prätext der Litispendenz, nicht ausweichen (ſ. Bopp a. a. O. S. 409). Aus dem Jahre 1824 liegt ein Erkenntniß deſſelben Gerichtshofes vor, wornach, wenn aus einem in gehöriger Form ausgeſtellten Wechſel executiviſch geklagt worden iſt, dagegen die privilegirte Einrede des nicht gezahlten Geldes nicht ſtattfindet, Beklagter vielmehr, wenn er den Nichtempfang nicht ſofort darthut, damit ad separatum zu verweiſen iſt. Nach einem Erkenntniſſe aus dem Jahre 1837 findet bei dinglichen Klagen der Executivprozeß nicht ſtatt.

zu fordern hat, beim Klagvortrag bemerkt, daß er darauf Stückzahlungen erhalten, da er nur den Beweis der Momente der Klage mit derſelben anticipando anzutreten, nicht aber darzuthun hat, daß dem Beklagten keine Einreden gegeben ſeien.

Eine Beurkundung der Praxis hinſichtlich der Controverſe, ob der Kläger zugleich die Aufkündigung und den Ablauf der Friſt darthun müſſe, finden wir bei Mahlen a. a. O. S. 47, Note 3, wo der Verf. vorträgt, daß mehrere Rechtsſprüche des oberſten Gerichtes von Schwediſch-Pommern v. J. 1800 dieſen Beweis für erforderlich erklärt hätten. In einem von Thon a. a. O. S. 259 flg. mitgetheilten Rechtsfalle erkannte das Gericht zweiter Inſtanz reformatoriſch die executiviſche Klage für zuläſſig, obgleich Kläger für dieſen Beweis nicht Sorge getragen, da bereits vor Erlaſſung des Erkenntniſſes erſter Inſtanz die Aufkündigungsfriſt abgelaufen geweſen ſei; allein das oberſte Gericht, das Oberappellationsgericht in Jena, ſtellte das Urtheil erſter Inſtanz, welches ſich dahin ausſprach, daß die Klage noch zur Zeit nicht ſtatt habe, wieder her.

In Bezug auf die Einrede der fehlenden Caution wegen der Wiederklage hat ſich auch die Praxis für Zuläſſigkeit derſelben entſchieden. S. z. B. ein Urtheil der Juriſtenfacultät zu Gießen v. J. 1707 bei Hert, Consilia et Responsa Tom. II. (Francof. 1730) decis. 716. p. 683., ein Urtheil vom Jahre 1655 bei Mevius, decis. P. III. dec. 22., ein Erkenntniß der Juriſtenfacultät zu Helmſtädt v. J. 1706, welches Leyser, Spec. 34. med. 7., mittheilt: Es iſt, was die geforderte satisdationem pro reconventione et expensis belangt, nicht ohne, daß ſolche in allen, auch Executivprozeſſen, ſonderlich, wenn Beklagter einige wahrſcheinliche Urſache anzuführen weiß, weshalben er Sicherheit verlanget, beſtellet werden müſſe u. ſ. w., und ein Erkenntniß des Hofgerichtes in Darmſtadt[26]) v. J. 1824 bei Bopp, Mittheilungen aus den Materialien der Geſetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthumes Heſſen u. ſ. w., Th. 3 (Darmſt. 1831), S. 148—151: Ueber die

---

26) Was überhaupt die Rechtsſprechung dieſes Gerichtshofes in Bezug auf das Inſtitut des Executivprozeſſes betrifft, ſo liegen Erkenntniſſe aus neuerer Zeit vor, worin im Weſentlichen ausgeſprochen wurde: 1) Da, wo kein Wechſelrecht gilt (was faſt im ganzen Großherzogthume der Fall iſt), begründet ein Wechſel nur inſofern den Executivprozeß, als er noch eine weitere causa debendi, als das ſolenne Zahlungsverſprechen, enthält. Als causa debendi aber genügt, was da, wo Wechſelrecht herrſcht, und die Angabe einer ſolchen weiteren causa debendi erfordert wird, für eine hinreichende Bezeichnung der Schuldverbindlichkeit gehalten wird, namentlich der Ausdruck: Werth in Rechnung, oder Werth in mir ſelbſt. 2) Iſt in einem giltig abgefaßten Wechſelbriefe nur die Wechſelverbindlichkeitszeit verfloſſen, ſo bleibt er doch als guarentigiirte Urkunde giltig. 3) Die Urkunde, worauf executiviſch geklagt wird, braucht der Klage nur in Abſchrift beigefügt zu werden; einer Beglaubigung derſelben bedarf es nicht, es ſei denn, daß beſondere Gründe dieſe erheiſchen. 4) Hat Kläger, indem er alles das, was eine Executivklage erfordert, wahrte, überhaupt um ſchnelle Rechtshilfe gebeten, ſo kann der Richter von Amtswegen den Executivprozeß einleiten.

Zuläſſigkeit und Wirkung der Einrede der Sicherheitsleiſtung wegen der Wiederklage im Executivprozeſſe, wodurch ausgeſprochen wurde, daß dieſe Einrede auch im Executivprozeſſe zuläſſig und ſo wirkſam ſei, daß der Beklagte bis zur geſchehenen Cautionsleiſtung von der Verbindlichkeit, den Anſprüchen des Klägers zu genügen, befreit bleibe; indeſſen müſſe für die Statthaftigkeit der anzuſtellenden Wiederklage ein rechtlicher Grund angeführt werden. Vgl. auch noch **Engau**, decisiones et responsa. Tom. I. decis. 213. nr. 3.

In vielen teutſchen Staaten hat ſich die Geſetzgebung mit dem Executivprozeſſe überhaupt oder einzelnen Seiten deſſelben beſchäftigt[27]). Schon früh geſchah dieſes in **Kurſachſen** zur Beſeitigung der wichtigſten Streitfragen. So wurde z. B. beſtimmt, daß der Beklagte zur Liquidſtellung ſeiner Einrede der Eidesdelation ſich nicht bedienen könne[28]), daß die Einrede des nicht erhaltenen Geldes nur dann zuläſſig ſei, wenn ſie ſofort liquid geſtellt werde[29]), während zugleich noch Einzelnes normirt ward, z. B. wegen der Legitimation des klagenden Erben und Ceſſionars zur Sache, der Recognition der öffentlichen Urkunden, des Präjudizes, womit der Beklagte vorgeladen wird, wegen der Diffeſſion u. ſ. w. (Nach dieſer Geſetzgebung kann aus einer Urkunde, welche die causa debendi nicht ausſpricht, executiviſch geklagt werden[30])). Das Geſetz vom 28. Februar 1838 hat das Inſtitut des Executivprozeſſes, wie es ſich mit Hilfe der älteren Legislation geſtaltet hat[31]), beibehalten[32]). Vgl. noch über Caſuiſtik: **Kind**, quaest. for. Tom. III. (Lips. 1799.) p. 280 sq., C. **Kind**, Sammlung auserleſener Rechtsgutachten (Leipz. 1836), S. 175 flg. (Mittheil. eines motivirten Erkenntniſſes des Appellationsgerichtes in Dresden über die Erforderniſſe zum Executivprozeſſe, insbeſ. über die Nothwendigkeit der Angabe des Zu- und Vornamens in der Urkunde), und **Kori**, Erörterungen praktiſcher Rechtsfragen aus dem ge-

---

27) **Mittermaier** a. a. O. S. 160.

28) **Knorre** a. a. O. §. 21, S. 464. **Gottschalk**, selecta discept. for. cap. Tom. I. (Dresd. 1816.) Cap. 28. p. 413 sq. Tom. III. (1830.) Cap. 26. p. 306 sq.

29) **Knorre** a. a. O. §. 21, S. 464. **Berger**, Oeconomia Juris, edit. sept. cura **Winkleri**. (Lips. 1771.) p. 900. **Kori** a. a. O. §. 25. **Haubold**, ſächſiſches Privatrecht, herausgegeben von **Günther** (Leipzig 1829), S. 291 flg. **Emminghaus**, iſt nach gemeinem ſächſiſchen Rechte die Einrede des nicht gezahlten Darlehns im Executivprozeß zuläſſig? Unter Berückſichtigung eines ſpeciellen Falles beantwortet (S. 339—351 des erſten Jahrganges [1828] der **Martin**'ſchen Jahrbücher der Geſetzgebung und Rechtspflege in Sachſen, Neuſtadt 1829). v. **Hartitſch**, Entſcheidungen praktiſcher Rechtsfragen, mit Rückſicht auf Erkenntniſſe von Oberbehörden bearbeitet (Leipz. 1840), S. 278, 279. CCLXXXVIII.: Die exceptio non num. pec. kann auch im Executivprozeſſe vorgeſchützt werden.

30) **Daegener**, dissertatio de declinanda recognitione documentorum propter deficientem causam debendi in processu executivo. Lips. 1721.

31) Ueber Klagbarkeit aus zweiſeitigem Vertrage ſ. **Biener**, systema proc. iud. et comm. et sax. edit. **Siebdrat** et **Krug**. P. II. (Berl. et Lips. 1835.) §. 243. p. 121. 122.

32) **Mittermaier** a. a. O. S. 168.

meinen und ſächſiſchen Civilrechte, mit Beziehung auf die darüber vom k. ſächſ. vormaligen Appellations- und nunmehrigen Oberappellationsgerichte ertheilten Entſcheidungen, Th. 3 (Dresd. 1837), Nr. XXIV.

Die Geſetzgebung im Hannöver'ſchen ſchritt gleichfalls ſchon früh zur Wegräumung einzelner Controverſen, z. B. durch die Beſtimmung, daß dem Beklagten zur ſofortigen Richtigſtellung ſeiner Einrede die Eidesdelation zuſtehe. Knorre a. a. O. §. 20, S. 463. Claproth a. a. O. §. 169, Note c, daß bei Verabredung der Aufkündigung dieſe und der Ablauf der Friſt gleichfalls ſofort von dem Kläger dargethan werden muß. Claproth a. a. O. §. 161, Note c, daß, da dort die Einrede des nicht gezahlten Geldes an eine (das biennium verkürzende) Friſt von 3 Monaten gebunden iſt, wenn innerhalb dieſer Zeit executiviſch geklagt wird, der Beklagte ſofort die Richtigkeit dieſer Einrede darthun muß. Claproth a. a. O. §. 161, S. 256, Note g. v. Bothmer, einige Bemerkungen in Betreff der exceptio und querela non num. pec. (S. 169—182 des erſten Bandes der Zeitſchrift für die Civil- und Criminalrechtspflege im Königreiche Hannover, herausgegeben von Gans. Hann. 1827.), S. 178 flg. Die hannöver'ſche Untergerichtsordnung v. J. 1827 verbreitet ſich auch über das Inſtitut des Executivprozeſſes, der in allen Fällen Raum findet, in welchen der Anſpruch des Klägers hauptſächlich auf fehlerfreien Privaturkunden, auf klaren Brief und Siegeln beruht, aber nur wegen Forderungen baaren Geldes oder verbrauchbarer Sachen gegeben wird. Aus einem zweiſeitigen Vertrage kann executiviſch geklagt werden, wenn die Erfüllung deſſelben von Seiten des Klägers ſofort durch Urkunde nachgezeigt wird. Um die Einrede ſofort liquid zu ſtellen, ſteht dem Beklagten die Eidesdelation zu, ohne daß dem Kläger dagegen die Gewiſſensvertretung zu Gebote ſteht. Das gegen den Spruch gerichtete Rechtsmittel entbehrt der Suspenſivwirkung.

Die Geſetzgebung von Holſtein ſtimmt hinſichtlich der Einrede des nicht erhaltenen Geldes mit der von Sachſen überein, ſtellt ſich aber hinſichtlich der Zuläſſigkeit der Eideszuſchiebung zum Zwecke der Liquidſtellung der Einrede auf die entgegengeſetzte Seite. Knorre a. a. O. §. 20, S. 464. §. 21, S. 464[33]). Auch im Herzogthume Braunſchweig, deſſen Geſetzgebung dem Rechtsmittel den Suspenſiveffect verſagt, iſt dieſe Eidesdelation geſtattet, jedoch unter der Bedingung, daß die Abſicht, dieſe zur Hand zu nehmen, vor dem Termine erklärt wird, damit der Kläger in den Stand geſetzt werde, ſeine Erklärung darüber vorzubereiten. Fredersdorf a. a. O. S. 178. Krüger, ſyſtematiſche Darſtellung des

---

33) Vgl. noch Brinkmann, wiſſenſchaftlich-praktiſche Rechtskunde Bd. 1 (Schleswig 1831), S. 180—192: Ueber den Mißbrauch eines Blanquets, ſo wie über die Unzuläſſigkeit des Executivprozeſſes, wenn dringender Verdacht eines ſolchen Mißbrauches vorhanden iſt. (In zweiter Inſtanz wurde angenommen, daß der Verdacht des Betruges ſo nahe liege, „daß man die in Frage befangene Sache für eine zum Executivprozeß ſich eignende keineswegs erachten könne" und dahin reformirt, daß Beklagter mit dem Beweiſe des Betruges zu hören ſei.) S. noch die Recenſion dieſer Schrift in dem Jahrg. 1833 der Hall. Allg. Literaturzeit. N. 106, S. 234.

bürgerlichen Prozeſſes im Herzogthume Braunſchweig (Braunſchw. 1829), §. 58: Executivprozeß S. 140—142. Ebenſo läßt die Legislation von Kurheſſen[34]) zur Liquidſtellung der Einrede (wozu indeſſen eine Friſt von 14 Tagen geſtattet wird) die Eideszuſchiebung zu. Vgl. überhaupt Wagner, Grundzüge der Gerichtsverfaſſung und des untergerichtlichen Verfahrens in Kurheſſen, zweite vermehrte Ausgabe (Marb. 1827), §. 258—263: Vom Executivprozeß, S. 221—223, und Wagner, Nachträge zu den Grundzügen u. ſ. w. (Caſſel 1833), §. 299, a (wo bemerkt wird, daß im Executivprozeß zur Rechtfertigung des Rechtsmittels nur eine Friſt von 14 Tagen gegeben ſei), S. 214, 215: Zu §. 258. Die hanau'ſche Untergerichtsordnung v. J. 1764 handelt in einem beſonderen Titel[35]): Tit. 39, vom Executivprozeß, indem darin das, weſentlich von der gemeinrechtlichen Theorie nicht abweichende Verfahren vorgezeichnet wird.

Das Particularrecht von Hamburg (Statutenrecht v. J. 1603, Th. 1, Tit. 23) läßt im Executivprozeſſe die Einrede des nicht gezahlten Geldes ſelbſt dann nicht zu, wenn ſie in continenti liquid geſtellt werden ſoll; dem Beklagten ſei nur geſtattet, daß er „hernacher den Creditorn wiederumb beſprechen möge[36]).“

Die Geſetzgebung von Bayern geſtattet den Executivprozeß, den auch die neueren Entwürfe einer Civilprozeßordnung, z. B. der Entwurf v. J. 1825 (§. 785—804), feſtgehalten, nur bei „verbrieften und liquiden Schuldforderungen“, läßt Eidesdelation zur Richtigſtellung der Einrede nicht zu, wohl aber die Einrede der fehlenden Caution wegen der Widerklage, und läßt öffentliche Urkunden im Termine blos zur „Inſpection“ vorlegen. Vgl. überhaupt, und insbeſondere wegen der Einrede des nicht gezahlten Geldes, v. Wendt, vollſtändiges Handbuch des bayeriſchen Civilprozeſſes (Nürnb. 1827), Anhang als zweiter Theil, §. 184: Executivprozeß, S. 27—29, und Blätter für Rechtsanwendung, zunächſt in Bayern, herausgegeben von Seuffert und Glück, erſter Jahrgang (1836), S. 89 flg.: Beitrag zur Lehre vom Executivprozeſſe, zweiter Jahrgang (1837), S. 122 flg.: Zur Lehre vom Executivprozeſſe, dritter Jahrg. (1838), S. 22 flg.: Glück, zur Lehre vom Executivprozeſſe. (Die Frage, ob auf eine Urkunde, welche über den Zahlungstermin ſchweigt, hin geklagt werden könne, wird nach gemeinem und bayeriſchem Rechte unterſucht und bejaht.) Vierter Jahrg. (1839), S. 289—293: Seuffert, einige Fragen aus dem Gebiete des Executivprozeſſes. (Die Fragen, ob der Beklagte von dem Kläger die Edition der

---

34) Die Geſetzgebung hat ſich im Großherzogthum Heſſen mit dem Inſtitute des Executivprozeſſes gar nicht beſchäftigt; es iſt dort lediglich ein Zögling der Doctrin und der davon genährten Praxis.

35) Hanauiſche Untergerichtsordnung vom Jahre 1764, mit mehreren Abänderungen und Beſchränkungen u. ſ. w. von Neuem abgedruckt im Jahre 1829, S. 68, 69. S. noch Pfeiffer, neue Sammlung bemerkenswerther Entſcheidungen des Oberappellationsgerichtes in Caſſel Bd. 4, 5. Hann. 1820, 1821. decis. 167: Ueber den Executivprozeß im Fürſtenthume Hanau.

36) Schmidt, Commentar Bd. 4, S. 80—84.

Urkunde verlangen könne, womit er die Richtigkeit ſeiner Einrede darthun will, und ob man ſich zu dieſem Zwecke der Eidesdelation bedienen könne, werden unterſucht und verneint.)

Ueber die preußiſche Geſetzgebung hinſichtlich des Executivprozeſſes ſ. Fürſtenthal, theoretiſches und praktiſches Lehrbuch des preußiſchen Civil- und Criminalprozeſſes, Th. 1 (Königsb. 1827), Tit. 28: Vom Executivprozeſſe, §. 202—206, S. 112—114, Mackeldey a. a. O. S. 21, 22, 26, 27, und Mittermaier a. a. O. S. 166, 167, wo der Verfaſſer zugleich der Verhältniſſe dieſer älteren Geſetzgebung zu der neueren Legislation v. J. 1833 über ſummariſchen Prozeß gedenkt[37]). Ueber die badiſche Civilprozeßgeſetzgebung v. J. 1831 in Bezug auf Executivprozeß ſ. ebendaſ. S. 171, 183, 184, 186, 188, 189. Dort finden wir auch vergleichende Hinblicke auf die neueren Geſetzgebungen kleinerer teutſchen Staaten über Executivprozeß, als des Großherzogthums Oldenburg v. J. 1824, der anhaltiſchen Lande von demſelben Jahre[38]), des ſchwarzburg-ſondershaus'ſchen v. J. 1834[39]).

In mehreren teutſchen Staaten (abgeſehen von den teutſchen Staatsgebieten auf der linken Seite des Rheines, in denen der den Executivprozeß nicht kennende franzöſiſche Civilprozeßcoder herrſcht) findet ſich das Inſtitut des Hilfsprozeſſes gar nicht eingebürgert. Zu dieſen Staaten gehört das Herzogthum Naſſau nach dem Zeugniſſe von Flach, Erläuterungen zum Prozeßgeſetze des Herzogthumes Naſſau vom 23. April 1822 (Wiesbaden 1837), S. 27 flg., der uns berichtet, daß wiederholte Entſcheidungen der Obergerichte ſeit undenklicher Zeit dieſer Art von ſummariſchem Prozeſſe den Krieg erklärt hätten, und zweier Entſcheidungen des oberſten Gerichtes aus den Jahren 1833 und 1835 gedenkt, welche dieſer Richtung gefolgt ſeien[40]). Auch in dem Gebiete der freien Stadt

---

37) Ueber die Caſuiſtik ſ. noch v. Kamptz, Jahrbücher der preußiſchen Geſetzgebung u. ſ. w. Bd. 3 (Berl. 1814), S. 308—310: Ueber die Zuläſſigkeit des Executivprozeſſes aus Notariatsinſtrumenten, welche in Ländern, wo die franzöſiſche Geſetzgebung gilt, errichtet werden. (Mittheilung zweier Erkenntniſſe, wornach das Kammergericht ſich, weil nur aus fremden gerichtlichen Urkunden executiviſch geklagt werden könne, gegen das geheime Obertribunal für die Zuläſſigkeit entſchied) und Simon und v. Strampf, Rechtsſprüche der preußiſchen Gerichtshöfe Bd. 1 (Berl. 1828), S. 23 flg.: Kann aus einem bei einem ausländiſchen Gerichte ergangenen Judicate bei einem preußiſchen Gerichtshofe in processu executivo geklagt werden? Bd. 2 (Berl. 1830), S. 148 flg.: Findet aus einſeitig ausgeſtelltem, an ſich den Executivprozeß begründendem Inſtrumente derſelbe auch dann ſtatt, wenn die causa debendi erwieſenermaßen aus einem Bilateralcontract entſpringt? und S. 156 flg.: Kann aus einem zweiſeitigen Vertrage gegen einen Dritten, der an Schließung eines Vertrages nicht Theil genommen, auf Zahlung einer, in Folge jenes Vertrages auf ſeinem Gute eingetragenen Forderung im Executivprozeſſe geklagt werden?

38) Abgedruckt im 7. Bande des Archives für die civiliſtiſche Praxis S. 428 flg.

39) S. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 17, S. 288, 289.

40) S. meine Recenſion dieſer Schrift S. 1019—1031 des Jahrg. 1837 der Kritiſchen Jahrbücher für teutſche Rechtswiſſenſchaft, S. 1024, 1025.

Frankfurt iſt der Executivprozeß unbekannt, weil man ihn, wie Bender, Lehrbuch des Civilprozeſſes der freien Stadt Frankfurt (Frankf. 1837), S. 215, Anmerk. 1, bemerkt, als völlig entbehrlich und mit den beſtehenden prozeſſualiſchen Einrichtungen nicht leicht vereinbarlich betrachtet[41]). Wie uns Berg, über den mecklenburgiſchen Civilprozeß u. ſ. w. (Roſtock 1832), S. 25, 26, berichtet, wurde von der Praxis der mecklenburgiſchen Obergerichte der Executivprozeß abgeſchafft; nur in der Stadt Roſtock habe er ſich erhalten. Freilich habe dieſe Abſchaffung „die traurigſten Folgen und mache die Prozeſſe unſterblich." Vgl. jedoch noch Trotſche, Materialien zu einem Handbuche des mecklenburg-ſchwerinſchen Particularcivilprozeſſes (Güſtrow 1837), S. 344, und Mittermaier a. a. O. S. 165[42]). Die öſterreichiſche Prozeßlegislation kennt den Executivprozeß nicht, deſſen Zweck ſie durch andere Formen zu wahren bemüht geweſen iſt. Mittermaier a. a. O. S. 166.

Ueber Geſetzgebungspolitik ſ. beſ. Engelhard, Entwurf einer verbeſſerten Geſetzgebung für bürgerliche Rechtsſtreitigkeiten (Rudolſtadt 1817), S. 56, 57, 201, Globig, Syſtem einer vollſtändigen Geſetzgebung für die kaiſ. ruſſ. Geſetzcommiſſion, Th. 4, gerichtliches Verfahren (Dresden 1818), S. 362, 363, Holzſchuher a. a. O. S. 550—556: Vom Executivprozeſſe (der Verf. unterwirft dieſe Form des ſummariſchen Prozeſſes einer Kritik und ſtellt ſie der franzöſiſchen Geſetzgebung gegenüber, wornach öffentliche Urkunden durch ſich ſelbſt executiviſche Kraft haben, und jeder Beſitzer einer Privaturkunde in den Stand geſetzt wird, dieſer einen executoriſchen Titel zu verleihen, da ihm geſtattet iſt, den Ausſteller zur Anerkennung unter dem Präjudiz des Anerkenntniſſes vorladen zu laſſen), und Mittermaier a. a. O. Bopp.

Expropriation, Zwangsabtretung des Gegenſtandes des Privateigenthumes zu öffentlichen Zwecken gegen vollſtändige Entſchädigung. Expropriationsgeſetze[1]). Das römiſche Recht ſtellt den allgemei-

---

41) Die für das Großherzogthum Frankfurt erlaſſene Civilprozeßordnung hatte im Art. 410 verordnet: zum ſummariſchen Prozeßverfahren ſeien geignet namentlich alle auf einer öffentlichen Urkunde oder auf einem förmlichen Notariatsinſtrumente beruhenden perſönlichen Forderungen. S. großherzoglich frankfurtiſches Regierungsblatt Bd. 2 (Frankf. 1812), S. 297.

42) Ueber Caſuiſtik ſ. Nettelbladt, Rechtsſprüche des Oberappellationsgerichtes in Parchim, Bd. 1 (Berl. 1821), Nr. 18, S. 350 flg. (Erkenntniß dahin, daß das Bekenntniß valuta erhalten, absque causa debendi speciali, die Einleitung des Executivprozeſſes begründe.)

1) v. Wendt, neueſter Expropriationscodex, oder vergleichende Darſtellung der wichtigſten älteren und neueren Geſetze und Verordnungen über Enteignung, Kanal- und Straßenbau, Eiſenbahnen u. dgl. Erſte Abtheilung. Hiſtoriſche Darſtellung ſchon gegebener Geſetze und Verordnungen in ſolchen fremden und teutſchen Staaten, welche vor Errichtung des teutſchen Bundes ſpecielle Enteignungsbeſtimmungen beſaßen. Abſchnitt I. Griechen. II. Römer. III. Bayern. IV. Preußen. V. Rheinbayern. VI. England. VII. Frankreich. VIII. Oeſterreich. Zweite Abtheilung. Hiſtoriſche Darſtellung ſchon gegebener Geſetze und Verordnungen in teutſchen und anderen Ländern ſeit Errichtung des teutſchen Bundes. Abſchnitt IX. Die teutſchen Bundesſtaaten überhaupt und

nen Grundſatz auf, daß Niemand gezwungen werden könne, den Gegenſtand ſeines Eigenthums zu veräußern. L. 12. Cod. de his quae vi. (2. 20.) L. 11. Cod. de contr. emt. (4. 38.) Invitum comparare vel distrahere postulantis desiderium iustam causam non continet. Indeſſen finden ſich in den Juſtinianiſchen Geſetzſammlungen Beſtimmungen, welche die Regel als eine nicht ausnahmsloſe erſcheinen laſſen, — bedingter Zwang zum Verkauf des Sclaven, §. 2. Instit. de his, qui sui. (1. 8.), §. 4. Instit. de donat. (2. 7.), L. 2. Pand. de his, qui sui. (1. 6.), — Verbindlichkeit, den Theil eines Grundſtückes abzutreten, der erforderlich iſt, um als Weg zu einem Grabmale zu dienen: Si quis sepulcrum habeat, viam autem ad sepulcrum non habeat, et a vicino ire prohibeatur — Praeses compellere debet, iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat ne vicinus magnum patiatur detrimentum. — Verbindlichkeit zur Abtretung des Theiles eines Grundſtückes, welches erforderlich iſt, um eine durch Waſſergewalt oder Einſturz zerſtörte Straße herzuſtellen. L. 14. §. 1. D. Quemadmodum serv. amitt. (8. 6.) — Zwang zur Abtretung von Grundeigenthum zum Zwecke ſtädtiſcher Verſchönerung, öffentlicher Bauten und Plätze nach Lib. 8, tit. 12. Cod. de operibus publicis (z. B. L. 6.: Diruenda sunt omnia, quae per diversas urbes vel in foro, vel in publico quocunque loco contra ornatum et commodum ad decoram faciem civitatis exstructa noscuntur. Ueberblicken wir das heimiſche Recht[2]), ſo finden wir den Grundſatz der Zwangsabtretung des Privateigenthums vorzugsweiſe im Gebiete des Landwirthſchaftsrechtes herrſchend und dazu angewendet, um größere ökonomiſche Zwecke, als z. B. ausgedehntere Wieſencultur durch Bewäſſerung, zu erreichen. Zu einer eigentlichen Rechtsanſtalt bildete ſich das Inſtitut der Expropriation[3])

---

insbeſondere Württemberg, Hannover, Sachſen-Coburg-Saalfeld, Sachſen-Meiningen, Sachſen-Altenburg. X. Braunſchweig. XI. Großherzogthum Heſſen. XII. Die Republik Genf. XIII. Kurheſſen. XIV. Königreich Sachſen. XV. Baden. XVI. Frankfurt. XVII. Als Zugabe: Der neueſte königl. bayeriſche Entwurf mit den von der Kammer der Reichsräthe beſchloſſenen Modificationen. Dritte Abtheilung. Entwurf der Hauptpunkte jeder neuen Geſetzberathung über Expropriation und damit verwandte Gegenſtände. Zugleich als ſyſtematiſche Ueberſicht der in den beiden erſten Abtheilungen enthaltenen hiſtoriſchen Darſtellung. Abſchnitt XVIII. Hauptgrundſätze der Enteignung. XIX. Entſchädigung und Maßſtab derſelben. XX. Verfahren. XXI. Koſten. XXII. Geſetzumfang. XXIII. Beſondere Beſtimmungen über Kanalbau. XXIV. Eiſenbahnen. Nürnberg 1837. — Staatslexikon oder Encyclopädie der Staatswiſſenſchaften Bd. 7 (Alt. 1839), S. 16—28: Gezwungene Eigenthumsabtretung (expropriation pour cause d'utilité publique), von Mittermaier. Converſationslexikon der Gegenwart Bd. 1, 1838, s. v. Expropriationsrecht S. 1237—1246.

2) Grimm, teutſche Rechtsalterthümer (Göttingen 1828), S. 491 flg.

3) Ueber Entziehung des Eigenthums gegen Entſchädigung im gemeinen Nothzuſtande ſ. Pütter, Beiträge zum teutſchen Staats- und Fürſtenrecht Th. 1 (Göttingen 1777), S. 357, 358 und Schlettwein, Archiv für den Menſchen und Bürger, Bd. 2 (Leipzig 1781), III. S. 19 flg.: Von dem gemeinen

erſt in neueſter Zeit aus. Für Oeſterreich ſind die Grundzüge deſſelben, welche in ſpäteren Geſetzen ihre einzelnen Anwendungen erhalten haben — v. Wendt a. a. O. S. 87—90 — in dem bürgerlichen Geſetzbuche §. 365 gezogen, worin ausgeſprochen iſt, daß jeder Unterthan ſein Eigenthum gegen eine dem Werthe angemeſſene Entſchädigung, deren Größe Gegenſtand der rechtlichen Beurtheilung ſei, wenn das allgemeine Beſte es erheiſche, abtreten müſſe, weil jeder Staatsbürger dieſem ſeine Privatintereſſen aufopfern müſſe und dem Staatsoberhaupte das oberſte Eigenthumsrecht zuſtehe, das er in dringenden Fällen über das Vermögen der Privaten herrſchend werden laſſen könne[4]). Die preußiſche Geſetzgebung finden wir in den erſten Paragraphen des eilften Titels des erſten Theiles des allgemeinen Landrechtes. Es wird dort (§. 4—11) ausgeſprochen, der Staat ſei nur dann berechtigt, Jemanden zum Verkaufe des Objectes ſeines Eigenthumes zu zwingen, „wenn es zum Wohl des allgemeinen Weſens nothwendig ſei.“ Zur Anlegung oder Breitermachung einer öffentlichen Landſtraße oder eines ſchiffbaren Kanals oder Flußbettes könnten die Eigenthümer der angrenzenden Grundſtücke zur käuflichen Abtretung des erforderlichen Theiles deſſelben gezwungen werden. Gleicher Zwang ſei zuläſſig bei Befeſtigung eines Ortes. Auch die Beſitzer von Getreidevorräthen könnten bei entſtehendem Getreidemangel, zur Abwendung einer drohenden Hungersnoth, zu deren Ausſtellung zum Verkauf genöthigt werden. Finde über den Preis keine Vereinigung ſtatt, ſo werde derſelbe von Schätzern nach dem außerordentlichen Werthe beſtimmt. Die Frage, ob das gemeine Wohl die Abtretung verlange, bleibe der Entſcheidung durch das Staatsoberhaupt vorbehalten; wegen der Beſtimmung des Preiſes aber ſolle rechtliches Gehör nicht verſagt werden[5]). Was Bayern betrifft, ſo enthält ſchon die Landes- und Polizeiordnung und das Landrecht vom Jahre 1616 (in Bezug auf Straßen und Wege) Einiges über Zwangsabtretung von Grundeigenthum[6]). Ueber die ſpätere Geſetzgebung, für dieſen Staat, in deſſen Verfaſſungsurkunde es heißt: Niemand kann gewungen werden, ſein Privateigenthum ſelbſt für öffentliche Zwecke abzutreten, als nach einer förmlichen Entſcheidung des verſammelten Staatsrathes und nach

---

Beſten oder der gemeinen Wohlfahrt der Staaten, an Hrn. Geheimen Juſtizrath Pütter in Göttingen.

4) Scheidlein, Handbuch des öſterreichiſchen Privatrechtes Th. 2 (Wien 1814), S. 45. Das franzöſiſche Civilgeſetzbuch beſtimmt im Art. 545: Niemand kann gezwungen werden, ſein Eigenthum abzutreten, es ſei denn um des öffentlichen Nutzens willen und vermittelſt einer gerechten und vorhergehenden Entſchädigung. In den Jahren 1810 und dann 1833 wurden ein beſonderes Expropriationsgeſetz erlaſſen. v. Wendt a. a. O. S. 42 flg., 68 flg. Mittermaier a. a. O. S. 18.

5) Allgemeines Landrecht für die preußiſchen Staaten. Neue Ausgabe. Erſter Theil, erſter Band (Berlin 1817), S. 273—275. S. noch v. Wendt a. a. O. S. 33—35 und, in Bezug auf Abtretung für Eiſenbahnzüge, S. 35—42.

6) v. Wendt a. a. O. S. 8, 9.

vorgängiger Entſchädigung, wie ſolches am 4. Auguſt 1815 [7]) beſtimmt iſt [8]), beſonders auch hinſichtlich der Anlegung von Eiſenbahnen ſ. v. Wendt a. a. O. S. 9—33 [9]), Converſationslex. der Gegenw. a. a. O. Das Staatsgrundgeſetz des Königreiches Sachſen [10]) ſanctionirt in dem von der „Abtretung von Privateigenthum zu Staatszwecken" handelnden §. 31 [11]) Folgendes: Niemand kann gezwungen werden, ſein Eigenthum oder ſonſtige Rechte und Gerechtigkeiten zu Staatszwecken abzutreten, als in den geſetzlich beſtimmten oder durch dringende Nothwendigkeit gebotenen, von der oberſten Staatsbehörde zu beſtimmenden Fällen und gegen Entſchädigung, welche ohne Anſtand ermittelt und gewährt werden ſoll. Entſteht ein Streit über die Summe der Entſchädigung, und der Eigenthümer oder der Berechtigte will ſich bei der Entſcheidung der Verwaltungsbehörde nicht beruhigen, ſo bleibt ihm unbenommen, die Sache im ordentlichen Rechtswege zur Erledigung zu bringen; es iſt aber einſtweilen die Abtretung zu bewirken und die von jener Behörde feſtgeſetzte Summe ohne Verzug zu bezahlen. Auf dieſe Grundlage iſt ein, ſich zunächſt auf die Anlegung von Eiſenbahnen beziehendes Geſetz vom 3. Juli 1835 gebaut [12]), auf welches ſich eine von gleichem Tage datirte Vollzugsverordnung gründet. Ebenſo dient der durch die Verfaſſungsurkunde des Großherzogthums Baden [13]) garantirte

7) v. Wendt a. a. O. S. 14—17. Döllinger, Verfaſſung des Königreiches Bayern mit den darin angeführten früheren königl. Edicten Bd. 1 (München 1818), S. 18, 19.

8) v. Zangen, die Verfaſſungsgeſetze teutſcher Staaten in ſyſtematiſcher Zuſammenſtellung, Th. 1 (Darmſtadt 1826), S. 156.

9) Ueber Rheinbayern (Rheinpfalz) ſ. v. Wendt a. a. O. S. 42—52.

10) Die Verfaſſungsurkunde von Württemberg ſpricht ſich im §. 30 dahin aus: Niemand könne gezwungen werden, ſein Eigenthum und andere Rechte für allgemeine Staats- oder Corporationszwecke abzutreten, als nach vorausgegangener Entſcheidung des Geheimenrathes über die Nothwendigkeit und gegen vorgängige volle Entſchädigung. Entſtehe Streit über deren Größe und wolle ſich der Eigenthümer bei der Entſcheidung der Verwaltungsbehörde nicht beruhigen, ſo ſei der Rechtsweg einzuſchlagen, einſtweilen aber die von jener Stelle feſtgeſetzte Summe ohne Verzug auszubezahlen. Im Weſentlichen übereinſtimmend iſt der §. 36 des Staatsgrundgeſetzes von Hannover vom Jahre 1833 und der §. 32 der Landſchaftsordnung für das Herzogthum Braunſchweig. S. überhaupt v. Wendt a. a. O. S. 99, 100, 103—107.

11) S. über denſelben Rüder, kritiſche Bemerkungen zum ſächſiſchen Verfaſſungsgeſetze v. 4. September 1831 (S. 147 flg. des erſten Bandes des A. Müller'ſchen Archives für die neueſte Geſetzgebung aller teutſchen Staaten. Mainz 1832), S. 161.

12) v. Wendt a. a. O. S. 131—148. Sächſiſches Expropriationsgeſetz, oder die Abtretung des Grundeigenthumes bei im Königreich Sachſen anzulegenden Eiſenbahntracten, nach den darüber erſchienenen Geſetzen bearbeitet und mit Hinzufügung rationell-landwirthſchaftlicher Erläuterungen für Beamte, Taxatoren, Grundeigenthümer und aller ſonſtiger Intereſſenten ſyſtematiſch dargeſtellt von einem Cameraliſten. Leipzig 1836.

13) Der Geſchichte dieſes Staates gehört eine Erſcheinung an, welche v. Drais, Geſchichte der Regierung und Bildung von Baden unter Carl Friedrich, Th. 1, S. 186, vorgeführt hat. Als im Jahre 1771 die Hungers-

Grundſatz: Niemand kann gezwungen werden, ſein Eigenthum zu öffentlichen Zwecken abzugeben, als nach Berathung und Entſcheidung des Staatsminiſteriums und nach vorausgegangener Entſchädigung[14]), einem Geſetze vom 28. Auguſt 1835[15]) zur Grundlage. Gleiches iſt der Fall mit Kurheſſen und dem Großherzogthume Heſſen[16]). Das Staatsgrundgeſetz des erſteren Staates ſpricht ſich im §. 32 dahin aus: Das Eigenthum oder ſonſtige Rechte und Gerechtſamen können für Zwecke des Staates oder einer Gemeinde, oder ſolcher Perſonen, welche Rechte derſelben ausüben, nur in den durch die Geſetze beſtimmten Fällen und Formen gegen vorgängige volle Entſchädigung in Anſpruch genommen werden. Ueber Nothfälle, in denen ausnahmsweiſe nachfolgende Entſchädigung eintreten ſoll, wird ein beſonderes Geſetz das Nähere beſtimmen. Dieſes Geſetz wurde im Jahre 1834 (unterm 30. October) erlaſſen[17]). Nachdem auf dem erſten Landtage im Großherzogthume Heſſen in den Jahren $\frac{1820}{1821}$ das Staatsgrundgeſetz zu Stande gekommen war, in deſſen Art. 27 es heißt: Das Eigenthum kann für öffentliche Zwecke nur gegen vorgängige Entſchädigung, nach dem Geſetze, in Anſpruch genommen werden, wurde noch auf demſelben Landtage dieſes Geſetz (vom 27. Mai 1821), das vorzugsweiſe zu dem Zwecke zu erlaſſen war, um Normen zur Entſcheidung für den Fall feſtzuſetzen, daß der Privateigenthümer behauptet, der Zweck verlange die Abtretung nicht, oder ſich mit dem Betrage der ihm zugedachten Entſchädigungsſumme nicht zufrieden erklärt, verabſchiedet[18]). Ein Geſetz vom 18. Juni 1836 verordnete weiter: Wenn von Privatperſonen oder von Privatgeſellſchaften, welche die Er-

---

noth einen hohen Grad erreicht hatte, ließ man bei Schröck (Leopoldshafen) auf dem Rheine ein Schiff, das der Stadt Baſel Frucht bringen ſollte, anhalten und dieſe austheilen, den Baſelern aber daſſelbe Quantum gleichzeitig im Oberlande, wo ſich einiger Vorrath befand, anweiſen. Eine durch die Noth entſchuldigte factiſche Zwangsabtretung eigner Art!

14) v. Zangen a. a. O. S. 173.

15) v. Wendt a. a. O. S. 149—171.

16) Das Expropriationsgeſetz der zwiſchen dieſen beiden Staaten liegenden freien Stadt Frankfurt a. M. vom Jahre 1836 finden wir bei v. Wendt a. a. O. S. 171—177. S. noch in prozeſſualiſcher Beziehung Bender, Lehrbuch des Civilprozeſſes der freien Stadt Frankfurt (Frankfurt 1837), S. 57, 58, 215, 342, 350.

17) v. Wendt a. a. O. S. 123—131. Beurkundung der Rechtsſprechung in der Zeitſchrift für Recht und Geſetzgebung in Kurheſſen, Hft. 1 (Caſſel 1836), S. 255, 256, Nr. XXII.: Abtretung zu öffentlichen Zwecken. Begründung der Entſchädigungspflicht. (Präjudiz des oberſten Gerichtes.) Im zweiten Hefte derſelben Zeitſchrift (Caſſel 1837) findet ſich ein Beitrag: Wöhler, einige Bemerkungen über das in Kurheſſen durch das Geſetz vom 30. October 1834 vorgeſchriebene gerichtliche Abſchätzungsverfahren bei Abtretungen zu öffentlichen Zwecken.

18) Floret, hiſtoriſch-kritiſche Darſtellung der Verhandlungen der Ständeverſammlung des Großherzogthumes Heſſen im Jahre 1820, 1821 (Gießen 1822), S. 245—249. Beck, das heſſiſche Staatsrecht, zweites Buch (Darmſtadt 1832), S. 385—392. v. Hofmann, Beiträge zur näheren Kenntniß der Geſetzgebung und Verwaltung des Großherzogthumes Heſſen (Gießen 1832), S. 34.

laubniß zur Anlegung einer Eiſenbahn im Großherzogthume auf ihre Koſten von der Staatsregierung erhalten haben, zu dieſem Behufe die eigenthümliche Abtretung eines Grundſtückes oder eines Theiles deſſelben verlangt wird, ſo treten die Beſtimmungen des Geſetzes vom 27. Mai 1821 über die Abtretung von Privateigenthum für öffentliche Zwecke ein [19]).

Auch in anderen teutſchen Staaten wurden den Expropriationsgeſetzen eine ſolche Ausdehnung verliehen, oder wurden beſondere Geſetze zu dem Zwecke erlaſſen, um ſolchen Unternehmungen durch die Befugniß, Abtretung des Privateigenthums zu verlangen, die Bahn zu brechen.

Mit Recht bemerkt Mittermaier a. a. O. S. 18: Die Wiſſenſchaft hat für die Ausbildung der hier in Frage ſtehenden Rechtslehre noch wenig gethan, und bei Vergleichung der verſchiedenen Geſetzgebungen bemerkt man leicht, daß die Legislation noch auf dem Wege der Experimente ſich befindet und noch nicht zu der nothwendigen feſten Grundlage und Uebereinſtimmung gekommen iſt. Allerdings läßt ſich nicht bezweifeln, daß die Lehre von der Expropriation eine Doctrin der Zukunft, obwohl nicht einer entfernten, iſt. Die Gegenwart trägt erſt die Steine zu ihrem Ausbau herbei.

Die wichtigſten legislativen Beziehungen hat Mittermaier a. a. O. S. 18—28 in Betracht gezogen, ſo, daß es genügen kann, dahin zu verweiſen. S. auch noch die ganze dritte Abtheilung des v. Wendtſchen Codex.

Bopp.

Eigenthum, Eigenthumsrecht, Dominium. Nach dem Plane dieſes Werkes kann es nicht die Abſicht ſein, den Stoff, welchen die Ueberſchrift ankündigt, in jeder Beziehung zu erſchöpfen. Er erfordert in einzelnen Theilen, namentlich rückſichtlich der verſchiedenen Erwerbarten, eine abgeſonderte Behandlung, der auch, wie namentlich der Acceſſion, Occupation, Uſucapion, Tradition eigene Artikel gewidmet ſind. Ohnehin gehört jener in ſeinen praktiſchen Reſultaten zu den bekannteſten. Auch haben wir darüber gute Werke, welche in vielen Händen ſind [1]). Unerläßlich iſt es dagegen, das wahre Weſen des Eigenthums

---

19) Vergleiche überhaupt noch Eigenbrodt, das Verhältniß der Gerichte zur Verwaltung im Großherzogthume Heſſen, mit Entſcheidungen des Staatsrathes zu Darmſtadt (Darmſtadt 1840), §. 35, S. 189—202.

Im Jahre 1791 wurde ein Geſetz erlaſſen, wornach der Eigenthümer eines Grundſtückes nach Umſtänden gezwungen werden konnte, daſſelbe zum Zwecke der Errichtung eines Gebäudes, alſo zum Beſten eines Privaten abzutreten. Bopp, der heſſiſche Rechtsfreund (Darmſtadt 1837), S. 6, 7.

1) Donelli Comm. L. 9. C. 8 sq. Weſtphal, Arten der Sachen, C. II, S. 261—784. Reinhard, Verſ. einer ſyſtematiſchen Einleitung in die Lehre vom Eigenthumsrechte. Gießen 1801. G. Fr. Haenel, de acquirendo rerum dominio. Lips. 1817. Fr. L. Geſterding, Darſt. der Lehre vom Eigenthume. Greifswald 1817. K. L. Pütter, die Lehre vom Eigenthume. Berlin 1831. P. L. Kritz, Darſtellung praktiſcher Materien des röm. Rechtes. Dresden und Leipzig 1834. Ueber den Begriff des Eigenthumes verdient vor-

mit der erforderlichen wiſſenſchaftlichen Genauigkeit zu entwickeln, welches ſo ſubtiler Natur iſt, daß es leicht gerade hinter dem für bekannt angenommenen Gemeinfaßlichen verloren geht und doch nicht ignorirt werden darf, wenn es nicht zu praktiſchen Irrthümern verleiten ſoll. Hauptſächlich aber müſſen die mit einem ſo erfreulichen Eifer begonnenen jüngſten Forſchungen im Gebiete des vaterländiſchen Rechtes berückſichtigt werden, welche die Praxis ſo wenig unbeachtet laſſen darf, als ſie ſich vor manchen Verwirrungen zu verwahren Urſache hat, welche dieſelben durch die Neuheit ihrer Entdeckungen in unſere Lehre bringen.

Eigenthum im weiteſten Sinne verliert ſich in den Unterſchied von Mein und Dein überhaupt. Es bezeichnet Alles, was zu unſerem Vermögen gehört, und nach dem Hange unſerer Sprache zur Tautologie und Alliteration am kürzeſten durch Geld und Gut ausgedrückt wird. Die Worte Gut und Vermögen bezeichnen Wechſelbegriffe, welche die ſtaatswirthſchaftlichen Schriftſteller nicht weniger, wie die Juriſten beſchäftigen, jedoch mit dem Unterſchiede, daß jene mehr den erſten, und dieſe mehr den anderen in das Auge faſſen, weil in dem einen eine Brauchbarkeit, welche verſchwindet, wenn ſie Allen gemein iſt, in dem anderen das Haben das Hauptmerkmal bildet. Das Vermögen iſt die natürliche Umgebung einer freien Perſönlichkeit, welche ihren Wirkungskreis nicht nur in dem Raume, ſondern auch in der Zeit beſtimmt und ihren Zwecken unterwirft. Wie zu einem Weltkörper auch ſeine Atmoſphäre gehört, ſo umfaßt es ſowohl körperliche, als unkörperliche Dinge, beſtehen nun die letzteren in bloßen Gerechtigkeiten oder in Forderungsrechten[2]). Seine unterſcheidbaren Beſtandtheile haben das gemein, daß ſie ſich zu Geld anſchlagen laſſen und daſſelbe gilt von dem Ganzen, das dieſe Beſtandtheile umfaßt, in welchem als vollkommenem Abbild der daſſelbe beſeelenden Perſönlichkeit nach ihrer Kraft zu verbinden und verbunden zu werden, die einzelnen Beſtandtheile ſich in poſitive Größen auflöſen, welche mit den daſſelbe vermindernden und begränzenden negativen Größen verglichen werden müſſen. Seine unvermeidliche Ungleichheit entſcheidet in dieſer Welt über das Loos von Reichthum und Armuth, welches, ſo empfindlich es Vielen ſchon in ſeinen Mittelſtufen fällt, zu den Fatalismen des Rechtszuſtandes gehört[3]). Ohne den unvergleichlichen Nachtheil, die Frei-

---

zügliche Berückſichtigung Mayer, Autonomie, §. 8—15. Haſſe, von der ehelichen Gütergemeinſchaft (Kiel 1808), S. 24 flg.

2) Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est: naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, id est, beatos faciant: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum, quae dominii nostri sunt, sed et, si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur. L. 49. D. de Verb. sign. Ulpianus L. 59. ad Edictum. Hiermit ſind zu vergleichen L. 208. 178. 222. 5. eodem.

3) Sie ſind in ſehr lebhaften Farben hervorgehoben in Hugo's Lehrbuch des Naturrechtes, §. 249 flg. Den Nutzen und die Nothwendigkeit des Eigenthums hat dagegen die Politik des Ariſtoteles ſchon ſo erſchöpfend entwickelt, daß man in den neueren Widerlegungen des St. Simonismus keinen weſentlich

heit der Gleichheit zu opfern, können ſie durch keinen privatrechtlichen Zwang, ſondern nur durch Anſprüche an die Großmuth und Menſchlichkeit derer, welche ſich dabei im Vortheile befinden, und durch ſehr durch Schonung erworbener Rechte bedingte Polizeianſtalten verbeſſert werden. Schon die bei ihrer Allgemeinheit nicht aus bloßer Gewohnheit zu erklärende Reſignation, womit ſie, den äußerſten Nothzuſtand ausgenommen, ertragen werden, weiſet darauf zurück, daß eine dem Fleiſche ſo harte Proben zumuthende Einrichtung, gleich dem bürgerlichen Gehorſam, welcher Millionen geſunder und muthiger Menſchen, trotz der in der Seele des Trägſten wohnenden Abneigung, ſich beherrſchen zu laſſen, oft ſchon einem Weibe, einem Kinde, einem Weichling, einem Blödſinnigen unterworfen hat, auf einer höheren Nothwendigkeit beruht, welche die Zwecke Aller umfaßt, indem ſie den Zwecken jedes Einzelnen genugthut.

Im engeren und eigenthümlichen Sinne verſteht man dagegen unter Eigenthum dasjenige, was man kurzweg das Subſtantielle unſeres Rechtes an Dingen nennen kann, weil es als Höchſtes und Letztes (ius summum nach dem wohlgewählten Ausdrucke des Donellus) unſeren Vermögensrechten ihre Beſtändigkeit gibt. Wie aber der Verſtandesbegriff der Subſtanz, der unſerer Wahrnehmung überall und nirgends begegnet, das Kreuz der ſpeculativen Philoſophen iſt, ſo gehört auch jener Begriff zu denjenigen, worüber die Rechtsgelehrten nicht recht haben einig werden können. Wer Luſt hat, ſich mit den verſchiedenen Verſuchen der erſteren, ſich in dem Labyrinthe, ob es nur eine unendliche Subſtanz oder auch viele endliche Subſtanzen geben könne, und wie die letzteren neben der erſteren beſtehen, zurechtzufinden, bekannt zu machen, der könnte für die bei unſerem Vorwurfe ſich ergebenden juriſtiſchen Probleme ſehr intereſſante Vergleichungen darbieten.

Unſer Corpus iuris iſt uns mit einer ſchulgerechten Definition nicht vorangegangen. Deſto ſchärfer entwickelt daſſelbe die vollſtändigen Elemente unſeres Begriffes, durch das Axiom der Ausſchließlichkeit, duorum in solidum dominium vel possessionem esse non posse[4]), durch die davon unzertrennliche Beziehung auf eine discrete körperliche Sache, mit deren Untergang es ſo gewiß aufhört, als es durch eine ihr ſelbſtſtändiges Daſein aufhebende Vereinigung mit einer anderen Sache verſchwinden kann, ferner als Totalität aller dinglichen Rechte durch den Gegenſatz gegen die übrigen nur als geſonderte Beſtandtheile zu begreifenden iura in re, welche, ſo ſehr wir ihnen eine von dem Eigenthümer unabhängige Wirklichkeit zugeſtehen müſſen, doch, als paraſitiſche, ſich von einem fremden Stamme nährende Pflanzen, dem Eigenthume ſtets einverleibt bleiben. Nicht beſonders ausgeſprochen, aber aus den Folgen

neuen Gedanken finden wird. Hugo's Tendenz iſt blos ſceptiſch, um den Dogmatismus der damals gewöhnlichen Naturrechtslehrer aus ſeinem Schlummer zu wecken, nach welchen die Einrichtung ſich ſo fadengerade von ſelbſt verſtehen ſoll, daß ſie nicht Kampf und Zeit gebraucht hätte, ſich auszubilden und ohne Geſetz blos facto entſtehen konnte.

4) L. 5. §. 15. D. locati. L. 1. §. 1. de SC. Silan. L. 25. pr. de Verb. signif.

ſich aufdringend[5]), iſt endlich der charakteriſtiſche Zug, daß dieſes Recht ſeinem paſſiven Objecte, einer der willenloſen Natur angehörigen Sache, als eingefleiſchtem Gute, eine Art von Achtung gebietender Perſönlichkeit, ein Lebensprincip oder eine Spotaneität mittheilt, vermöge der ſie den abweſenden Herren, auch ohne erkennbare Verbindung mit einer beſtimmten Perſönlichkeit, wie ein anderes Ich, repräſentirt, beim Uebergang von einem auf den anderen unter dem Wechſel der Beſitzer ſich gleich bleibt, gewiſſer Accidentien fähig wird, welche bis zur willkürlichen Lostrennung ihr inhäriren und in neuen Species ſowohl, als unter veränderten Geſtalten ſich fortpflanzt und erzeugt. Am meiſten paſſen alle dieſe Merkmale auf das Grundeigenthum, das daher der Engländer vorzüglich reales Eigenthum nennt. Die ſchwierigere und mehrfach beſchränkte Ausbildung beim beweglichen Gute, im teutſchen, übrigens faſt überall in unſerem Vaterlande in dieſem Punkte dem gemeinen Rechte gewichenen Rechte nur unvollkommen ausgeprägt, hatte auch im römiſchen Alterthume den übrigens nicht auf Fahrniſſe beſchränkten Unterſchied von res mancipi und nec mancipi hervorgebracht, welcher, ſo wie er ſich willkürlich fixirt hatte, zwar längſt verſchwunden, doch in ſeinem wahrſcheinlichſten Princip uns noch bei fungibelen Sachen begegnet, nicht nur im Civilrechte, namentlich beim quasiususfructus, ſondern auch im Criminalrechte, beſonders in ſolchen Contractverhältniſſen, in welchen der für eine anvertraute fremde Sache dieſer Art verantwortliche Inhaber zugleich debitor quantitatis wird, und wobei der oft zweideutige Thatbeſtand des Verbrechens ſo viel Tact fordert, daß ein überrheiniſcher Juriſt bei der von ihm empfohlenen Vorzüglichkeit der Entſcheidung der Thatfrage durch eine Jury dieſes Beiſpiel beſonders hervorgehoben hat.

Daß ein Begriff, welcher bei all ſeiner Einfachheit doch durch vielſeitige Beziehungen wiederum ſo mannigfaltig wird, gerade durch ein recht ernſtlich logiſches Beſtreben, ſein Weſen hervorzuheben, ohne ſich in das Unverſtändliche zu verlieren, Definitionen hervorgebracht hat, welche, ſo wenig ſie für unwahr erklärt werden können, doch nur den Gemeinſinn und nicht die Wiſſenſchaft befriedigen, darf gar nicht befremden, da ſich darin nur das omnis definitio in iure periculosa unſerer alten Claſſiker bewährt. Die beliebteſte und für den Hausbedarf ausreichende läuft auf die noch jüngſt von Prof. Güyet[6]) gebilligte: „Eigenthum ſei das unbeſchränkte und ausſchließliche Dispoſitionsrecht über eine körperliche Sache.“ So richtig es nun iſt, daß dieſes Recht urſprünglich in dem Eigenthume liegt und in einem geſunden Sinne ſeine vollkommenſte Er-

---

5) Vgl. aus Hauptſtellen L. 86. D. de V. S. L. 26. D. de acquir. rerum dominio. L. 12. D. quemadm. serv. amitt.

6) Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. 17, S. 31. Damit ſtimmt im Weſen überein Hellfeld, iurispr. for. §. 576., Höpfner, Commentar §. 287 (welcher übrigens noch das blos abgeleitete Merkmal des Vindicationsrechtes von jedem Beſitzer beifügt), und die gangbarſten Compendien. Schon Bartolus definirte: dominium est ius de re statuendi, ut quis velit, nisi iure prohibeatur. Ebenſo Göſchen, Vorleſungen über das gemeine Civilrecht Bd. 2, S. 19, §. 223.

ſcheinung bildet, ſo gehört doch dieſes Merkmal keineswegs zu ſeinem Weſen, weil, wie der verewigte Mayer (Autonomie Stck. 1, §. 8—15) bündig gezeigt hat, die Definition weder das beſchränkte, noch unvollſtändige Eigenthum ausſchließen darf. Weder der Lehnsherr, noch derjenige, welcher ſein Grundſtück in emphyteusin gegeben, überhaupt derjenige, dem eine nuda proprietas zuſteht, während ein Anderer den ususfructus etc. hat, können über die Sache nach Willkür verfügen, während dieſe alle das Eigenthum haben, welches neuerdings von unſerem Germaniſten, trotz ſeiner äußerſten Beſchränktheit, auf die Dauer des Lehnsnexus ſogar dem Zuerſtgenannten ganz zugeſchrieben wird. Daß der Eigenthümer, als ſolcher, kein Souverain iſt und ſich mancher durch das gemeine Beſte gebotenen polizeilichen Beſchränkung fügen muß, daß man mit ſeiner Sache keine rechtsverletzende Handlung vornehmen darf und eine obligatio ex maleficio damit nicht aufgehoben wird, daß ihr Urheber dabei, wie wenn er das eigene Haus anzündet, unmittelbar und zunächſt über ſein Eigenthum verfügt, verſtünde ſich freilich von ſelbſt. Ebenſo auch die Pflicht des Worthaltens, wie wenn Einer das verkaufte Pferd todt ſchlagen, oder den verkauften Wald aushauen wollte, ungeachtet beide bis zur Uebergabe noch ſein ſind. Solche Einwürfe würden nicht hierher gehören und die Definition blos ſchikaniren. Aber in dem Eigenthume ſelbſt liegt ein Princip ſeiner Veränderungen, welche nur als Accidenzen oder Modificationen ſeiner unter dieſem Wechſel bleibenden Subſtanz zu erklären ſind. Dieſes nun muß mit umfaßt werden, wenn die Definition ihren Begriff erſchöpfen ſoll. Sonſt bezeichnet ſie, gleich jenem akademiſchen Docenten des vorigen Jahrhunderts, welcher, um ſie ad oculos zu demonſtriren, ſeine Perrücke vom Kopfe nahm und zerzauſte, nur den äußerlich vorübergehenden Act ſeiner gegenwärtigen Ausübung, nicht jenes Permanente, was daſſelbe, wie ein Leben im tiefſten Schlafe, ohne ſolche Lebenszeichen noch fortdauernd erhalten kann.

Diejenigen, welche, wie Hofacker (princ. J. C. §. 877.), Glück (Commentar Th. 8, S. 36), Mackeldey u. ſ. w., dieſem Mangel dadurch abhelfen wollten, daß ſie ein Recht auf die Subſtanz oder an die Sache ſelbſt ſubſtituirt, dürften den Fehler nicht verbeſſert haben, wohl aber auf der anderen Seite zu weit gegangen ſein. Denn durch die von ihnen gewählte Bezeichnung wird das dominium mit der bloßen Proprietät identiſch. So wenig die letztere dem Eigenthümer fehlen darf, ſo ſchließt doch ſein Recht immer auch den ſogenannten ususfructus causalis in ſich, wenn nicht ein Anderer den ususfructus formalis hat, was ſein Recht ſo wenig aufhebt, als wenn ein Anderer durch Gemeinſchaft an der Proprietät ihn noch ſo ſehr beſchränkt. Nicht ohne hiſtoriſche Verwandtſchaft mit unſerer Materie bietet uns das alte Staatsrecht in der verwickelten, durch ihre zufällige Entſtehung den juriſtiſchen Scharfſinn ſo ſehr in Anſpruch nehmenden Conſtruction unſerer vormaligen Reichsverfaſſung ein Gleichniß[7]. Auch

---

7) Ueber dieſe Materie haben wir eine nicht nach Verdienſt bekannt gewordene intereſſante Schrift eines Geſchäftsmannes: Geſchichte der Landeshoheitsſtreitigkeiten und Grundſätze, nach welchen dieſelben

in dem kleinſten teutſchen Territorium konnte immer nur Einer der Landesherr ſein und er blieb es, wenn auch Andere in dieſem Gebiete die bedeutendſten Hoheitsrechte hergebracht hatten, was keine Seltenheit war, weil die ſogenannten Grafenbanne, der Blutbann, Wildbann, Zoll und Geleit aus der der völligen Ausbildung der Landeshoheit vorangegangenen Zeit nicht ſelten in mächtigeren Händen ſich erhalten hatten. Darum betrachtete man die letztere nicht als getheilt, ſondern nur als beſchränkt und definirte ſie als das Recht auf den Inbegriff aller Hoheitsrechte, welches in Beziehung auf jeden in der Ausübung durch Selbſthilfe zu behauptenden Zweig keines Beweiſes bedurfte, ſondern vielmehr demjenigen, der ſeine Ausübung beſtreiten oder gar ſich vindiciren wollte, vor den Reichsgerichten die Beweislaſt auferlegte, und ebenſo durch Erlöſchen jener Staatsrechtsſervituten, welche eine ſtrenge und conſequente Theorie, ſo wenig in facto daran gedacht wurde, der landesherrlichen Oberaufſicht hätte ſubordiniren ſollen, ſich damit von ſelbſt conſolidirt haben würde. So hat der wahre Eigenthümer die gleiche Regel und Ausſicht für ſich. Man ſetzte ferner die Landeshoheit, welche ſtets mit Sitz und Stimmrecht auf Reichs- und Kreistagen verbunden war, der ſogenannten Landesherrlichkeit der Reichsritterſchaft entgegen, welcher nicht jener Complex, ſondern nur ſpeciell hergebrachte und zu beweiſende Hoheitsrechte zugeſtanden wurden. Allein ſo wie die beſchränkteſte Landeshoheit immer von dem Sachkriterium abhängig blieb, daß ihr Inhaber eine unabhängige Civiljurisdiction neben einer unabhängigen Polizei- und Geſetzgebungsgewalt in bürgerlichen Sachen behalten muß, ſo iſt es auch ein Verdienſt dieſer Hofacker'ſchen Definition, auf die Wahrheit aufmerkſam gemacht zu haben, daß mit aller Proprietät, d. h. mit der Macht, die Geſtalt der Sache zu verändern, dieſelbe ganz zu veräußern, oder ſie unbeſchadet ihrer qualitativen Einheit (universitas) durch aufgelegte Laſten in ihrem Werthe zu vermindern (nam suae quidem quisque rei moderator et arbiter, wie es in der L. 21. C. mandati vel contra heißt), das Eigenthum verſchwindet und daß dieſe Macht nicht mehr wie usufructus, usus, servitus etc. davon abgeſondert, ſondern unter Mehreren nur in ungetheilter Gemeinſchaft ſich denken läßt. Aber, was dem Eigenthume auch als Phänomen nicht fehlen darf, füllt darum ſeinen Begriff nicht aus.

Haſſe definirt: „Eigenthum iſt das Recht, jede nicht überhaupt verbotene Verfügung über die Subſtanz oder über die Früchte einer ſpeciellen körperlichen Sache vorzunehmen, inſofern nicht irgend ein anderes Individuum zu einer beſtimmten Verfügung der Art ex quavis causa befugt, oder doch berechtigt iſt, zu verlangen, daß die Ausübung derſelben unterlaſſen werde[8]." Bei ihm iſt das Beſtreben, die von ihm nicht verkannten Fehler der ſchon gerügten Definitionen zu vermeiden, in eine

---

beurtheilt werden müſſen. Ulm 1795. Ihr Verfaſſer war in den kleineren Territorien, wo dergleichen Streitigkeiten oft vorkamen, zu Hauſe und auch in der Literatur ſehr bewandert.

8) A. a. O. S. 28.

bloße Umſchreibung ausgeartet, welche die von ihm ſich vorgeſetzte Aufgabe einer ſchulgerechten Erklärung keineswegs löſet. Das negative Merkmal einer *überhaupt unverbotenen* Verfügung iſt ſchon ein überflüſſiges, weil es ſich, wie vorhin bemerkt, von ſelbſt verſteht. Ebenſo liegt das *ausſchließliche* Vornehmen des zu ihrer Ausübung gehörigen Actes ſchon in dem Begriffe einer *jeden* Befugniß. Auch der Uſufructuar darf nicht nur jeden Dritten, ſondern ſelbſt den Eigenthümer von dem Gebrauche der Sache ausſchließen, der Servitutberechtigte mindeſtens eine ſolche Ausübung ſich verbitten, welche die Ausübung ſeines eigenen Rechtes hindern oder vereiteln würde[9]. Ja es folgt ſchon aus dem der Jurisprudenz mit der Staatswirthſchaftskunde gemeinen Begriffe eines Gutes, der, wie die Liebe nicht ohne Eiferſucht iſt, aus dem alle Werthe beſtimmenden Streben nach individueller Vereinigung mit unſerem Selbſte hervorgeht, ſo daß die nutzbarſten und unentbehrlichſten Elemente der Körperwelt, wie die Luft, das Flußwaſſer, das Meer, welche ihrer Natur nach keiner ſolchen individuellen Vereinigung fähig, auch wegen ihres unerſchöpflichen Gebrauches kein Bedürfniß einer ſolchen Vereinigung erzeugen, nicht zu den Gütern gezählt werden, obgleich ſie, wie die geſunde Lage oder die ſchöne Ausſicht eines Hauſes oder Grundſtückes den Werth eines wahren Gutes erhöhen. Sollten ferner wegen der Schwierigkeit, ſie in einer einfachen Bezeichnung zu umfaſſen, die Ausflüſſe des Eigenthums einzeln aufgenommen werden, ſo durfte ihre Aufzählung nicht unvollſtändig ſein. Es durften aber dem Rechte über die Subſtanz und auf die Früchte das Recht, ſie zu beſitzen (ius possidendi) und ſie zu vindiciren, wohl auch der Anſpruch auf ihre Unverletzlichkeit nicht fehlen, wodurch das Ausſchließende des Eigenthums einen mehr eigenthümlichen, poſitiven Ausdruck bekommen hätte[10]. Auch die Schlußworte ſcheinen mehr zu ſagen, als hierher gehört und beſonders macht ſie das ex quavis causa viel zu vag. Der Herr einer Sache hört nicht auf, als Perſon dazuſtehen, in der Kraft eines freien Weſens und in der Wechſelwirkung mit ſeines Gleichen zu verbinden und verbunden zu werden. Die Beſchränkungen des *Eigenthümers*, wie wenn dieſer ſein Gut verpachtet oder vermiethet hat und daher durch ſeinen Contract gehalten iſt, bis zu beendigter Pacht- oder Miethzeit daſſelbe einem Anderen zu überlaſſen, ſind daher unſerer Lehre völlig fremd. Was allein

9) Et belle Sextus Pedius definit, triplicem esse causam operis novi nunciationis. *Naturalem*, cum in nostras aedes quid immittitur, aut aedificatur in nostro. *Publicam* causam, quotiens leges, aut senatusconsulta, constitutionesque principum per operis novi nunciationem tuemur. *Impositiam*, cum quis, postquam ius suum *diminuit*, alterius *auxit*, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit. L. 3. §. 9. D. de operis novi nunciatione.

10) Dieſen Weg hat *Mühlenbruch*, Doctr. Pand. T. II. §. 241. eingeſchlagen. Den Anſpruch auf ihre Unverletzlichkeit läßt er weg und es kann auch darüber geſtritten werden, ob er hierher gehört. Doch ſcheint er mir in ſeiner Ausdehnung auf *rein culpoſe* Beſchädigungen ein Ausfluß aus dem Eigenthume. Die Paralleliſirung mit der Körperverletzung dürfte hierin den *Donellus* rechtfertigen.

angedeutet werden mußte, das ſind die Beſchränkungen unſeres Eigenthums, welche theils aus dem Inſtitute deſſelben folgen, theils als willkürliche Impoſitionen, wie servitus, superficies, emphyteusis etc., daſſelbe bleibend afficiren[11]). Ihnen hätten ſich ausgleichend gegenüber geſtellt die möglichen Erweiterungen unſeres Eigenthums durch Acceſſionen jeder Art, möge nun ihr factiſches Daſein ohne beſondere Privatwillkür durch das Recht dafür erklärt ſein, oder mögen ſie, wie andere Zugehörden, einen beſonderen Erwerbtitel und eine beſondere Widmung bedürfen. Der Grund dieſer Ungenauigkeiten lag in dem gänzlichen Ueberſehen der mit dem Begriffe des Eigenthums vergeſellſchafteten Subject=Objectivirung, in welche dieſer treffliche Schriftſteller darum nicht näher einging, weil ihm für ſeine Aufgabe das Axiom der Untheilbarkeit genügte. Die Sache nimmt in dem Eigenthume einen repräſentativen Charakter an, welcher das paſſive Rechtsobject ſelbſt als Träger von Rechten und Verpflichtungen zu betrachten erlaubt. Man könnte zwar verſucht werden, eine ſolche Perſonenvorſtellung als eine höchſt gezwungene Rechtsdichtung herabzuwürdigen, beſonders da ihre Willkürlichkeit in mancher ſpecieller Anwendung, in welcher ſich auch in dem Rechte verſchiedener Länder keine durchgängige Uebereinſtimmung zeigt[12]), ſich ſchwer verkennen läßt. Sie iſt jedoch ſchon darum keine Grille, weil ſie nothwendig iſt, in die Auslegung unſerer Willenserklärungen, ja in die Zurechnung zur Schuld Sinn und Verſtand zu bringen und unſeren Rechtsverhältniſſen, beſonders aber unſeren Vermögensrechten ſowohl Wirkung, als beſtändige Dauer zu geben. Sie wurzelt aber auch trotz aller eingemiſchten Willkürlichkeiten in einer Grundvorſtellung, wozu der menſchliche Geiſt ſich von ſelbſt hinneigt, weil er ſie nicht aufgeben kann, ohne auf jeden Vernunftgebrauch zu verzichten, ſo daß in der Hauptſache ſich alle Menſchen darüber verſtehen müſſen.

Ob nach dem Fehlverſuche eines Schriftſtellers, dem unſere Wiſſenſchaft ſo Ausgezeichnetes verdankt, uns gelingen wird, den bisher gerügten

---

11) So kann eine Prädialſervitut nicht über das Bedürfniß des herrſchenden Grundſtückes beſtellt werden. Wird daher beſonders bedungen, daß eine Servitut auch zum Vortheile eines Nachbars ausgeübt werden dürfe, ſo iſt ein ſolcher Vertrag nur für die Paciscenten und ihre Erben verbindlich und für keinen Singularſucceſſor. So iſt wenigſtens die gemeine Meinung. Vgl. Glück, Bd. 10, §. 644, Thibaut, Verſ. Bd. 1, Abth. 1, S. 11 flg.

12) So kennt das römiſche Recht keine Grundbeſchwerden, welche jeden Beſitzer zu einem Thun verpflichten, wohl aber das teutſche, und letzteres beurtheilt z. B. nach geendigtem Nießbrauch das eingeegte Feld ganz anders, als das römiſche die fructus pendentes. Auch darüber läßt ſich ſtreiten, ob die Meinung der Proculejaner, daß die Form der Materie auch dann vorzuziehen ſei, wenn die letzte wieder hergeſtellt werden kann, nicht den Vorzug verdient gehabt hätte, da doch die Materie als fungibele Sache leichter auszugleichen iſt. Am wenigſten aber wird ſich der geſunde Menſchenverſtand in den Satz finden, daß die Schrift dem Papier weichen muß, wodurch das eigenſte Eigenthum, das literariſche, zerſtört wird, da doch die Griffe des Setzers keine Iliade zuſammenſtoppeln, wenn ſie nicht der Geiſt Homers regiert. Dieſes Eigenthum fordert dringend eine Anerkennung von der Geſetzgebung.

Erklärungen eine befriedigendere zu ſubſtituiren, müſſen wir dahin geſtellt ſein laſſen. Wir kehren zu dem Standpunkte zurück, von dem unſere Einleitung ausging. Bei jedem Rechte läßt ſich ſeine Form und ſeine Materie unterſcheiden. Die erſte liegt in einem Verhältniſſe zur Außenwelt, in welchem die Perſon, als Träger der zuletzt für ſie geſchaffenen Rechtsverhältniſſe, ſich in der Gemeinſchaft mit gleichartigen Weſen frei und ſelbſtſtändig fühlt, ſo daß es lediglich von ihrer Discretion abhängt, ob ſie ſich durch fremde Willkür zum Beſten Anderer beſtimmen laſſen, oder umgekehrt auf dieſe Willkür einen ſelbſtnützigen Einfluß ausüben will. Die Materie beſteht in irgend einem ſchätzbaren oder unſchätzbaren Gute, welches dieſes Verhältniß zu unſerer Verfügung ſtellt und ohne welches das Recht alles Intereſſe verlieren, daher das Subject deſſelben viel zu gleichgiltig laſſen würde, um dabei zu halten. Daß das Eigenthum im weiteſten Sinne ſo viel als Herrſchaft oder Macht iſt, liegt ſchon in dem lateiniſchen, bekanntlich von domus, alſo von der dem Römer am nächſten gelegenen freieſten privatrechtlichen Sphäre[13]), abgeleiteten Worte dominium, und iſt auch von bloßen Rechtsphiloſophen, namentlich von Hobbes, Adam Smith u. ſ. w., oft hervorgehoben worden, jedoch ein Gattungsmerkmal, demſelben mit unſerem ganzen Vermögen, als demjenigen, worin ſich unſere Perſönlichkeit erweitert fühlt, gemein, gleichviel, worin dieſes Vermögen beſteht, und wäre es das muſikaliſche Talent eines Amphions, das Fels und Stein bewegte. Es reicht daher nicht aus für das Eigenthum im engeren und eigentlichen Sinne, deſſen Unterſcheidendes in etwas Räumlichem, Feſtem oder Plaſtiſchem beſteht, welches an den Einfall jenes Witzlings erinnert, der die Baukunſt eine gefrorene Muſik genannt hat, um eine ähnliche äſthetiſche Verſchiedenheit zu verſinnlichen. Das Eigenthum iſt, wie man will, ein Vermögen, das ſowohl dem Rechte, als dem Objecte nach, oder ein Recht, das ſowohl der Form, als der Materie nach, ſo für ſich beſteht, daß es, ohne einer Selbſtthätigkeit von unſerer Seite zu bedürfen und ohne von einer ihren Centralpunkt bildenden Perſönlichkeit abhängig zu ſein, fortdauert oder mit einem Worte unter die Kategorie der Subſtanz fällt. Das letzte Wort faßt Alles in Einem. Aus dem Begriffe der Subſtanz folgen jene Einfachheit und Totalität, welche in der Idee des Eigenthums liegen, jene Beharrlichkeit und Spontaneität, welche daſſelbe als Phänomen bewähren, womit eine ungeſchmeidige Starrheit unverträglich wäre. In der Idee iſt es untheilbar, ſo daß es Jemand ganz oder gar nicht hat, und daß es den Inbegriff aller dinglichen Rechte umfaßt. Die dieſer Idee ſcheinbar trotzende Wirklichkeit, welche Qualitäten, alſo Unterſcheidbarkeit und ein Hüben und Drüben zu ſondernder Theile zum Vorſchein bringt,

---

13) Ballhorn-Roſen, über Dominium (Lemgo 1822), behauptet eine andere Etymologie, ſetzt ſich aber dadurch in Widerſpruch nicht nur mit Juriſten, ſondern auch mit Philologen, z. B. Grotefend in Erſch und Gruber's Encyklopädie.

verſöhnt ſich mit der erſteren dadurch, daß ſie das intelligibele letzte Subject auf ein Beharrliches unter dem Wechſel ſeiner Geſtalten zu beziehen, nicht umhin kann. In ihm bilden ſich die Beſtandtheile des Eigenthums als Glieder aus einem vorangehenden Ganzen, welches einer durch Abſonderung dieſer Theile möglichen Verminderung gewiſſe Grenzen ſetzt, über welche hinaus es als Phänomen verſchwindet und ſtets der Mittelpunkt bleibt, welcher die davon nicht abgeriſſenen, ſondern blos abgeſonderten Beſtandtheile trägt, anzieht und mit ſich vereinigt[14]). Die iura in re verhalten ſich zum Eigenthume, wie die Obligationen zur Perſönlichkeit. So wenig die letzteren die Freiheit aufheben und zum Sklaven machen, ſo wenig zerſtören jene das Eigenthum, als den Stamm, aus dem ſie ihre eigene Nahrung ziehen. Dieſe Anſicht bekommt jedoch erſt ihr volles Licht durch die nachfolgende Betrachtung. Die Erfahrung bietet uns ja beſonders durch nachbarliche Bedürfniſſe nicht nur eine unvermeidliche Wechſelwirkung zwiſchen Perſonen, ſondern auch zwiſchen den in unſerem Eigenthume befindlichen Sachen, als wirklichen Dingen, wobei die Perſon gleichgiltig iſt. Auch dieſe Wechſelwirkung kann nicht dem blinden Zufalle überlaſſen werden, wenn die Körper nicht blos als todte Maſſen, ſondern als Güter neben einander beſtehen ſollen. Um den erreichbarſten Grad dieſer moraliſchen Coexiſtenz herbeizuführen, bedarf es theils allgemeiner Regeln, welche die nothwendigen Servituten beſtimmen, theils müſſen ſie einer Verträglichkeit überlaſſen werden, welche jede dieſem Zwecke anbequemte Uebereinkunft bindend macht. So entſtehen immer auf einer Seite zur Beförderung der Güterwelt gereichende ſowohl Verminderungen, als Vermehrungen (vgl. die Note 9) citirte **L. 3. §. 9. D. de operis novi nunciatione**) jener qualitativen Einheit, die wir als Gegenſtand eines jeden Eigenthumsrechtes denken. So entwickelt ſich jene Spontaneität, wornach das Princip ſeiner Veränderungen in ihm ſelbſt liegt und in einer Kraft, zu leiden und zu wirken, beſteht, deren mit der Sache fortdauernde Producte in der Vernunft als mutuum adiutorium ſich gegenſeitig ausgleichen können und ſollen. Man darf alſo die ſogenannten iura in re keineswegs als Verſtümmelungen des Eigenthums betrachten, wozu die Definition, welche das Weſen des Eigenthums in eine ausſchließende und unbeſchränkte Dispoſition über eine körperliche Sache ſetzt, freilich gegen die Abſicht ihrer Vertheidiger, geradezu führt, weil ſie, buchſtäblich verſtanden, daſſelbe, als Phänomen, in einen ungeſtalten Quader verwandeln würde, der in der Zuſammenfügung mit anderen mehr Platz wegnimmt, als er ſelbſt auszufüllen im Stande iſt. Kein Eigenthumsrecht in der Welt gibt eine ſo unbeſchränkte

---

14) Dieß iſt der Sinn der ſchönen Stelle des Paullus: Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est (auch wenn die Nutznießung daran einem Anderen gehört), quia usus fructus non dominii pars (keine Verſtümmelung des Eigenthums), sed servitus sit: ut via et iter (die das volle Eigenthum ſo gut erträgt, als die Perſon dadurch, daß ſie ſich zu einer Leiſtung verpflichtet hat, nicht zum Sclaven wird); nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars alterius esse: hoc et Julianus: et est verius. L. 25. D. de V. S.

und ausſchließliche Befugniß, daß der das Seine bewirthſchaftende oder gebrauchende Eigenthümer darauf vornehmen dürfte, was ihm beliebt. Wenn nun gleich nicht alle dieſe Beſchränkungen unſere Lehre berühren, ſo gehören doch diejenigen hierher, welche aus dem Inſtitute des Eigenthums ſo natürlich fließen, daß man ſie, wenn man eine die Nachbarſchaft nicht aufhebende urſprüngliche Theilung von Grund und Boden vorausſetzt, als vorbehalten und ausgenommen betrachten muß, und diejenigen, welche die Bedürfniſſe der Coexiſtenz, ohne Rückſicht auf eine beſtimmte Perſon, zum Beſten des Eigenthums willkürlich erzeugt haben. In Beziehung auf die Servituten ſagt daher **Donellus** ſehr wahr: **Jura sunt, inquam, non quaelibet, sed quae in rebus hominum magnum quendam, ac necessarium usum habent propter eas commoditates, quae hinc percipiuntur, quibus in hac dominiorum distinctione et tamen rerum coniunctione haec vita omnino carere non potest. C. L. 9. c. 21. princ.**

Dieſelbe Grundvorſtellung beſtimmt nun auch die Eigenſchaft der Sachen, welche im Eigenthume ſein können. Sie iſt theils eine natürliche, theils eine rechtliche. Die phyſiſche Eigenſchaft iſt die, daß ſie Körper ſeien und zwar im engeren Sinne feſte Körper, welche durch eine beſtimmte Geſtalt oder Begrenzung ſich unterſcheiden laſſen, und durch ihre Dauerhaftigkeit unverändert von einer Hand in die andere gehen können. Daher ſind die flüſſigen, welche, wie die Luft, das Waſſer, wie das altteutſche Recht ſich ausdrückte, keines Anfanges oder nach dem alten römiſchen Ritus keiner lis vindiciarum fähig, unter der Hand zerrinnen, oder wie das Meer im Gegenſatz des Grund und Bodens keine bleibende Niederlaſſung geſtatten, ſo wenig, wie das Licht, und bloße, wie die Electricität, der Magnetismus und der Galvanismus, durch das All verbreitete und in keinen Raum einzuſchließende Naturkräfte an ſich keine möglichen Gegenſtände des Eigenthums, wohl aber einem Gebrauchsrechte unterworfen dadurch, daß ſie mittelſt feſter, in unſerem Eigenthume befindlicher Körper eingefaßt werden, wie die Brunnen, Weiher, die auf unſerem Boden fließenden Bäche und ſelbſt der ſonſt durch Farbe und Geſchmack zu unterſcheidende Wein in Fäſſern, oder als wir jene Kräfte durch feſte Körper uns dienſtbar gemacht haben, wie in der Windmühle, dem electriſchen Feuerzeuge, dem Brennſpiegel u. ſ. w. Schon die fungibelen Sachen, ſelbſt wenn ſie in trockenen Körpern beſtehen, machen in der Darſtellung des Eigenthums die meiſten Schwierigkeiten, eben weil ſie ſich durch ihre Indifferenz gegen jede Geſtalt dem Flüſſigen annähern und daher auf die Dauer nicht unterſcheiden laſſen, ſo lange ſie nicht durch Einſchließung oder Häufen ſpecificirt werden.

Der Grund hiervon darf daher nur darin geſucht werden, daß der Verſtandesbegriff der Subſtanz nur an einem bleibend Geſtalteten haftet, keineswegs aber in einem vorwiegenden Materialismus. Dieß beweiſen auf der anderen Seite, wie ein alter Juriſt richtig eingeſehen hat [15]),

---

15) **Alfenus, Libr. 6. Dig.** in der **L. 76. D. de iudiciis.**

nicht nur die organiſchen Körper, welche ihren Stoff täglich ändern, ſo daß nach einer gewiſſen Zeit nichts mehr von dem alten zurückbleibt, ſondern auch blos mechaniſche Producte, da, wie er anführt, ein Schiff daſſelbe bleibt, mag es auch ſo oft ausgebeſſert worden ſein, daß kein Bret mehr von ſeiner erſten Conſtruction übrig bleibt. Noch mehr aber, daß man auch blos intelligibele Ganze, namentlich eine Heerde, noch vindiciren kann[16]), wenn ſie gleich, nach und nach erſetzt, zum größeren Theile oder durchweg in neuen Stücken beſteht. Aber freilich muß dieſer äußerſte Fall, welcher das Eigenthumsobject bei einer Mehrzahl von Körpern von dieſen unabhängig macht, mit großer Einſchränkung verſtanden werden. Iſt nämlich 1) dieſes Ganze von der Beſchaffenheit, daß es nur einer beſtimmten, ihren Centralpunkt bildenden Perſönlichkeit inhärirt, ſo daß ein Uebergang deſſelben, ohne Vertretung dieſer Perſon in ihrer Kraft, zu verbinden und verbunden zu werden, für daſſelbe auflöſend und vernichtend wäre, wie beſonders daraus erhellt, daß es nicht nur körperliche Sachen, ſondern auch credita und nomina umfaßt[17]), ſo iſt das der gerade Gegenſatz des Eigenthums, wie es bei den ſogenannten universitates iuris, namentlich der hereditas und dem peculium der Fall iſt. Der Titel de rei vindicatione wird mit den Worten eingeleitet: Post actiones, quae de universitate propositae sunt, subiicitur actio singularum rerum petitionis, und Julian ſagt in der L. 56. h. t. ausdrücklich: Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet. Das Ganze muß alſo rein nur aus discreten Körpern beſtehen. 2) Aber auch das genügt nicht, daß dieſe körperliche Mehrheit einen Collectivnamen habe, welcher ausdrückt, daß ſie der, dem ſie gehören, zu einem beſtimmten Zwecke beiſammen hatte. So können die armamenta navis, wozu Taue, Segel, Anker, Ruderſtangen u. ſ. w. gehören, nicht als Einheit, ſondern nur ſpecifiſch vindicirt werden, obgleich nichts im Wege ſteht, ſie in einer Klage zu verbinden. Denn ſie ſind nichts für ſich Beſtehendes, wohingegen ihre Vindication mit dem Schiffe keinem Anſtande unterliegen würde und ſie durch das Schiff mit dem, was dazu gehört, ſchon hinlänglich bezeichnet ſein dürften[18]). Daſſelbe gilt von dem Schiff und Geſchirre eines Landgutes, dem Handwerkszeuge eines Profeſſioniſten. 3) Wohl noch weniger ein Kramladen oder das Sortiment eines Buchhändlers, welche aus zu verſchiedenen Waaren beſtehen, um ſie unter die gemeinſchaftliche Benennung einer

---

16) Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius scribit. Idem et de armento et de equitio, caeterisque quae gregatim habentur. L. 1. §. 3. D. de rei vindicatione. Die weitere Ausführung folgt in der L. 2. u. 3. pr.

17) Haſſe, im Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. 5, S. 21.

18) Hierauf ſcheint wenigſtens die Vergleichung der L. 3. §. 1. D. de rei vind. mit L. 44. de evictionibus zu führen, welche beide nur darin zuſammenſtimmen, daß der Kahn, als ein für ſich beſtehendes Schiffchen, nicht zum Schiffe gehöre und daher ein beſonderes, einer eigenen Vindication bedürftiges Eigenthum vorſtellt.

Größe zu bringen, die ſich auch in quali gleich bleibt. Die Waaren ſind nur zum Detailverkauf beiſammen, ſo daß das Losſchlagen per aversum kaum bei Erbtheilungen und Ganten vorkommen wird, ſie recrutiren ſich nicht ſelbſt und werden ebenſowenig dazu recrutirt, um dieſelbe ſtetige Einheit vorzuſtellen. 4) Man hat ſich alſo wohl vorzuſehen, das in unſeren Pandekten hervorgehobene Beiſpiel einer Heerde auszudehnen. Es beruht ohne Zweifel darauf, daß ſie aus gleichartigen Körpern beſteht, die man in der Regel nur nach der Zahl unterſcheidet[19], daß ſie nur in der Mehrheit dieſer Körper ihren Namen behält, und daß die Erhaltung in derſelben der Zweck ihres ſelbſtſtändigen Habens iſt, in welcher ſie auch nicht ſelten legirt, verkauft, vermiethet oder in usumfructum gegeben wird. Dieſes ſelbſtſtändige Haben kann auch von einem Singularſucceſſor fortgeſetzt werden und iſt, wenn er ſie bona fide in ſein Vermögen bekommen hat, der Grund der Ausnahme, daß der dabei gelaſſene Nachwuchs und die trennbaren Surrogate als einverleibt angeſehen werden, wenn nicht ein Dritter darauf ein Recht hat[20]).

Daß nun dieſe Singularität keine eigentliche Anomalie iſt, das beſtätigen diejenigen ſchon oben berührten fungibelen Sachen, welche, aus im Einzelnen werthloſen Atomen, aus Körnern, Halmen, Staub, beſtehend, nur in ihrer Verbindung Größen oder Güter bilden. Getreide, Mehl, Heu u. ſ. w. bedürfen, wie die Flüſſigkeiten, einer Specification durch Einfaſſen in Säcke, Gebund, Kiſten, um ſie als ein durch mehrere Hände gehendes Eigenthum zu bewahren, welches im bloßen Haufen nur ſo lange fortdauert, als dieſes ſich unvermiſcht erhält, ſo daß aus einer ſolchen Vermiſchung eine communio incidens entſteht, welche nur für die gilt, als deren Eigenthum es entſtanden iſt, und gegen den dritten Erwerber, der nicht das Ganze, ſondern nur eine Rata davon an ſich gebracht hat, gar nicht wirkt[21]). Daſſelbe gilt ſogar von Goldſtücken, obgleich dieſe einzeln ihren beſtimmten Werth haben.

Selbſt bei dem liegenden Gute endlich begegnet uns in unſeren Rechtsquellen der Ausdruck universitas fundi (L. 30. D. familiae hercisc.). Es wird in Rückſicht auf das Eigenthum für ein Ganzes angeſehen, welches in der Vindication einen eigenen Namen bekommt, als Acker, Wieſe u. ſ. w. Nur tritt hier der erhebliche Unterſchied ein, daß dieſes unter dem generellen Namen fundus, zu deſſen Weſen eine

---

19) Eine Heerde von 400 Schafen, von welcher 100 Stück abgegangen ſind, bleibt qualitativ daſſelbe, oder noch immer eine Heerde. Sie iſt nur beiläufig ein Viertheil weniger werth. Dagegen ein Waarenlager, aus dem bei einer lebhaften Meſſe die Seidenwaaren verſchloſſen ſind und nur Barchent und Leinwand zurückbleiben, iſt nicht blos quantitativ, ſondern auch qualitativ ein anderes geworden.

20) Cf. L. 68. §. 2. L. 69. u. 70. D. de usufructu. L. 13. pr. de pignoribus. L. 21. 22. de legatis 1. §. 18. J. de legatis.

21) L. 31. D. locati.

beſtimmte Begrenzung gehört[22]), welche dem Orte, wo ſich eine Sache befindet, entgegengeſetzt wird, fortdauert und daher von der daſſelbe als Gut realiſirenden ſpecifiken Geſtalt nicht abhängt, weßhalb das Grundeigenthum von einer auf Nichteigenthum möglichen bloßen Niederlaſſung wohl zu unterſcheiden iſt[23]). Dieß wird zu der Ueberzeugung genügen, daß das Eigenthum zwar nur an einer im engeren Sinne körperlichen Sache haftet, daß aber damit der Verſtandesbegriff einer als discrete Größe für ſich beſtehenden qualitativen Einheit ſtets verwachſen iſt, der gleichſam ſeine Seele vorſtellt. Dieſes Subſtantivum, welches einer Vermehrung oder Verminderung fähig iſt, ohne aufzuhören, es ſelbſt zu ſein, verſchwindet, ſobald die Sache als Zugehörde mit einer anderen verbunden iſt.

Die rechtlichen Eigenſchaften, welche dem Gegenſtande unſeres Eigenthums ankleben, erwarten ihre vollſtändige Erklärung aus der urſprünglichen Entſtehung dieſes Rechtes. Es iſt ein Beſtandtheil des Privatrechtes, welches dem öffentlichen nachſtehen muß. Jus publicum praestat privato. La loi politique doit gouverner la loi civile. Im Allgemeinen iſt davon ausgenommen, was durch das öffentliche Recht dem Privatrechte entzogen, in Niemandes Eigenthum ſein kann, namentlich die unter dem Collectivnamen divini iuris begriffenen res sacrae, sanctae, religiosae und von den res humani iuris die communes, publicae et universitatis. Insbeſondere aber trifft der Mangel der natürlichen und rechtlichen Bedingungen des Eigenthums darin zuſammen, den freien Menſchen davon auszuſchließen. Das Schattenbild der auf daſſelbe übertragenen Perſönlichkeit iſt im Grunde doch nur eine Rechtsfiction, obgleich ſie zu den der menſchlichen Einbildungskraft unvermeidlichen Illuſionen gehört, ohne welche es keine für uns und unſeres Gleichen wirkliche moraliſche Welt geben würde und das Leben in der phyſiſchen Alles verlieren würde, was ihm den Werth eines menſchlichen gibt. Ein mehr als blos paſſives Object taugt nicht zu einem ſolchen Automat, weil die Rechtsfiction contra naturam ginge oder eine widerſtrebende Wirklichkeit verdrängen müßte, deren Trotz die Sclaverei in unſeren europäiſchen Staaten auf die Dauer hat weichen müſſen. Gerade weil der Menſch ſeines Gleichen weit mehr bedarf, als der vernunft- und lebloſen Schöpfung, und die Millionen der in Zeit und Raum vorübergehenden Erſcheinungen, die wir Menſchen nennen, der göttlichen Idee einer Menſchheit angehören, muß er in den Individuen ſich ſtets ſelbſt angehörig bleiben, ſo daß ihre wechſelſeitigen Leiſtungen noch weit weniger, als die Benutzung der durch das All verbreiteten Imponderabilien und Naturkräfte die von dem Eigenthume geforderten trennbaren Subſtanzen bilden, ſondern unter

---

22) L. 60. Dig. de V. S., wo es am Ende heißt: sed fundus quidem habet suos fines, locus vero latere potest, quatenus determinetur et definietur. L. 5. de legibus. Ex hoc iure gentium introducta bella, discretae gentes, dominia distincta, agris termini positi etc.

23) L. 14. D. de acquirendo rerum dominio. §. 5. J. de rerum divisione.

die Kategorie der Urſache und Gemeinſchaft fallen. Daß in unſerem gemeinen Rechte, ſo ſehr dieſes die Sclaverei noch anerkannte, aber auch ausſchied, die Forderungsrechte den ſtrengſten Gegenſatz gegen das Eigenthum bilden [24]), iſt bekannt. Ich bin jedoch mit Haſſe [25]) und Dieck [26]) der Meinung, daß die Behauptung keinen Beifall verdient, daß in dem germaniſchen Rechte dieſer nothwendige Unterſchied minder ſcharf hervortrete. Abgeſehen davon, daß damit nicht viel gewonnen wird, weil die Abweichung davon doch nur bei auf eine species gerichteten obligationes ad dandum anwendbar bliebe, während ſie bei obligationes ad faciendum oder bei einem debitum generis oder quantitatis ſich widernatürlich erweiſet, ſcheint ſie mit der alle dinglichen Rechte vermittelnden Gewere und der die derivative Erwerbung beim Grundeigenthume bedingenden gerichtlichen Auflaſſung in einem ſchwer zu vereinigenden Widerſpruche zu ſtehen. Wenn Bornemann [27]) als Differenz des preußiſchen Landrechtes hervorhebt, daß dieſes perſönliches und dingliches Recht nur als zwei verſchiedene Stufen eines und deſſelben Rechtes behandelt, ſo daß jenes die unvollkommnere, dieſes die vollkommnere Aeußerung des ſubjectiven Rechtes, jenes der Weg zum dinglichen, dieſes das Ziel zum perſönlichen ſei, ſo läßt ſich dagegen erinnern, daß das in dieſer Generaliſirung liegende Wahre auch dem römiſchen Rechte nicht fremd iſt, welches alle ceſſibelen Rechte als unkörperliche Sachen unter dem in bonis mitbefaßt und keine der darunter begriffenen Befugniſſe als eine bloße Form und ohne Materie denkt, die ſich auf Geld reduciren läßt [28]). Damit wird aber der ſpecifiſche Unterſchied, ob dieſe Materie blos in der Zeit, oder auch in dem Raume lebt, und ob ſie eine geſunde Philoſophie unter einem anderen Verſtandesbegriffe ſich aneignen muß, ſo wenig aufgehoben, daß ihre Vermiſchung zu der unwürdigen, alle Schwindeleien begünſtigenden Vorſtellung führt, als ſei das Geld, das nur zum Ausgeben Werth hat und durch den noch vergänglicheren Credit vollkommen vertreten werden kann, das Ding an ſich des Reichthumes und, wo nicht gar das höchſte Ziel des menſchlichen Strebens, doch die wahre Subſtanz unſeres Vermögens. Wie weit das teutſche Recht von dieſer Vorſtellung entfernt war, beweiſet, daß in ſeinem Geiſte der Engländer noch am heutigen Tage das liegende Gut allein das reale Eigenthum nennt [29]). Mag nun auch dieſe Anſicht, bevor ſie ſich geläutert hatte, zu Einſeitigkeiten geführt haben, welche das

---

24) Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut aliquem nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. Paullus in L. 3. D. de obl. et actionibus.

25) Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft Bd. 1, S. 20.

26) Erſch und Gruber's Encyklopädie Th. 26, S. 495.

27) Preußiſches Civilrecht Bd. 1, S. 23.

28) Vgl. die in der Note 2) angeführten Fragmente.

29) Burke ſieht es als eine der unſeligſten Richtungen der franzöſiſchen Revolution an, daß ſie dem beweglichen Reichthume über den unbeweglichen das Uebergewicht verleihe. Indeſſen liegt das wahre öffentliche Heil nur in dem Gleichgewichte von beiden und das Elend eines Volkes, das in

dominium mit dem imperium vermiſchten, und manche Halbheiten und Monſtroſitäten des Feudalismus gebaren: gerade durch dieſe abgöttiſche Anhänglichkeit an Grund und Boden und den für goldeswerth geſchätzten eignen Heerd, verbunden mit der Zähigkeit, womit das ſubſtantielle Recht unter den wunderlichſten Formen fremder Benutzung und Anſiedelung in der Eigensgewere bewahrt wurde, wird unwiderſprechlich dargethan, daß der Teutſche, wenn gleich der Name erſt in ſpäteren Urkunden vorkommt, der Sache nach das Eigenthum von Anfang gekannt[30]) und in einem Sinne verſtanden hat, welcher daſſelbe von eigentlichen res creditae nicht blos dem Grade, ſondern auch der Art nach unterſcheidet. Auch die vielen Lehn- und Kaufbriefe, in welchen beſonders Rittergüter mit Grund und Boden und was dazu gehört, geſucht und ungeſucht, ob und unter der Erde, Wald, Waſſer, Weide, Jagen, Hegen u. ſ. w. übertragen werden, mahnen an jene Totalität, die das Weſen dieſes Rechtes bezeichnet. Differenzen des germaniſchen Rechtes ſind zwar nicht zu verkennen und erwarten ihre Aufklärung in Reyſcher's und Wilda's Zeitſchrift von Männern, denen, als in dieſem Fache einheimiſcher, der Verf. dieſes Artikels nicht vorzugreifen wagt. Nur beziehen ſich dieſelben nicht auf die Bornemann'ſche Theſis, das perſönliche Recht als den Weg zum dinglichen und das dingliche Recht als das Ziel des perſönlichen Rechtes zu betrachten. Denn ſie treten ja gerade in ſolchen Contractsverhältniſſen hervor, die nichts weniger als den Zweck haben, Eigenthum zu übertragen. So zweifelt ein gründlicher Germaniſt[31]), ob der Satz, daß die Gefahr der Sache nach Abſchließung des Kaufes auf den Käufer übergeht, welchen ein von ihm angeführter bayeriſcher Schriftſteller aus Gründen der Geſetzgebungsphiloſophie dem Rechte und der Billigkeit zuwider erklärt, und den auch ſchon Hugo Grotius zu den commentis iuris civilis rechnet, die nicht überall beobachtet würden[32]), dem teutſchen Rechte gemäß

ſolche, die Alles, und ſolche, die Nichts haben, zerfällt, iſt gleich groß, mögen ſie nun dem Gelde, oder dem Grund und Boden leibeigen werden. Darauf zweckt jene divisio primaria ab, daß ſowohl das Eigenthum als die perſönliche Freiheit in Ehren bleiben, und ſich wechſelſeitig Werth geben.

30) Reyſcher's Beiträge zur Kunde des teutſchen Rechtes (Tübingen 1833), S. 50. Dieck l. c. S. 480, 481. Der Menſch, nicht für die Zeit, ſondern für die Ewigkeit geſchaffen, ſtrebt auch in ſeinen Vermögensrechten nach dem Beſtändigen. Dafür bieten ſich zwei Pole dar, nämlich der Erdboden, der nicht verloren geht und Alles hervorbringt, und die edlen Metalle, welche die Zeichen und der Maßſtab zu allen Werthen geworden ſind. Vor der Entdeckung von Amerika waren die letzteren noch zu ſelten, um ein bequemes Tauſchmittel abzugeben, das alle Sachen ausgleichen und vorſtellen konnte. Die Idee des Eigenthums mußte ſich daher am Grund und Boden fixiren, wie es im germaniſchen Rechte geſchehen iſt. Damit hängt es auch zuſammen, daß ſogar Gebäude, als zu vergänglich, zu den Fahrniſſen gerechnet wurden, was übrigens auch Reminiſcenzen aus einem nomadiſchen Zuſtande geweſen ſein können.

31) Gaupp in Reyſcher's Zeitſchrift Bd. 1, S. 88. Vielleicht bedarf dieſer Satz auch nach gemeinem Rechte einer näheren Beſtimmung, worauf wir aber hier nicht eingehen können.

32) Ius belli et pacis. L. II. C. XII. §. 15.

ſei, obgleich dadurch das Eigenthum verändert werden ſoll. Dagegen bezieht ſich der germaniſche Grundſatz: Hand muß Hand wahren, unſtreitig auf das Commodat und Pfand, ungeachtet dieſe Contracte keine iusta dominii acquirendi causa ſind. Die hierher gehörigen Differenzen ſind wohl durchgängige Ausflüſſe des Vorderſatzes, daß der Teutſche ſich das Eigenthum vermittelſt der Gewere nur als Gebiet, als Herrſchaft über einen abgegrenzten Theil des Erdreiches und Alles, was ſich daran und darauf befindet, zu verſinnlichen und zu verwirklichen vermochte. Dadurch bekam die possessio ſchon bei Liegenſchaften eine mehr empiriſche und im Verhältniſſe zum gemeinen Rechte erweiterte Bedeutung, die von dem nicht unmittelbar aus ihr erkennbaren animus, rem sibi habendi, minder abhängig blieb. Es iſt vielleicht nicht zu gewagt, wenn man nach heutigem Rechte dem colonus, welcher freilich gegen den Eigenthümer beſſer und vollſtändiger durch die Contractsklage geſchützt iſt, mindeſtens gegen Eingriffe eines Dritten in ſeine Detention vermöge der ledigen Gewere [33]), die Interdicte zugeſteht, wiewohl dieſe Abweichung von unſerem gemeinen Rechte wenig bedeuten will, da er ſich die Interdicte vom Eigenthümer cediren laſſen konnte, oder, wo dieſer abweſend war, durch eine Conſtitution im Codex ermächtigt iſt, in deſſen Namen zu klagen. Ebenſo wird man der in mehreren Inſtanzen beſtätigten franzöſiſchen Praxis [34]) beiſtimmen müſſen, daß der Eigenthümer, welcher aus dem verpachteten Gute fructus pendentes oder ſonſtige Utilien heimlich wegnimmt, als Dieb zu behandeln ſei, obgleich, da das furtum usus et possessionis bei uns nicht mehr praktiſch iſt, eine ſubtile Rechtstheorie daran zweifeln könnte, weil die fructus vor der Separation noch zu dem ihm verbleibenden Boden gehören und er alſo, da er ſich nicht an fremdem Eigenthume vergreift, kein furtum rei ipsius, ſondern eine bloße Vertragsverletzung zu begehen ſcheint. Am ſtärkſten iſt die Abweichung beim beweglichen Gute, wo ſie ſich noch particularrechtlich erhalten hat, ſobald dieſes mit oder ohne Willen des Eigenthümers in ein fremdes Gebiet übergegangen iſt. Zwar bleibt die Unterſchlagung anvertrauten Gutes, obgleich ſie in der Regel für ein weit geringeres Verbrechen gilt, als der eigentliche Diebſtahl, wie es ſchon der Ausdruck diebliches Behalten ankündigt, mehr als ein bloßer Wortbruch und iſt eine Beeinträchtigung fremden Eigenthums, welche ja, ohne allen Vertrag, bei gefundenen oder den Dieben abgejagten Sachen vorhanden iſt, deren Verläugnung die Gloſſe zum Sachſenſpiegel dem Diebſtahl „faſt nicht ungleich“ nennt. Dagegen iſt die Auslegung wohl die richtige, daß commodirte, vermiethete oder verpfändete Fahrniſſe von keinem Dritten vindicirt werden können, und daß wegen geſtohlener und geraubter Sachen nur die condictio furtiva anwendbar iſt, welche den Beweis des Diebſtahles vorausſetzt, jedoch in rem scripta iſt, ſo daß ihr jeder Inhaber unterworfen bleibt, der keinen Gewähren beizubringen vermag, oder dem

---

33) Vgl. Cropp in Hudtwalker und Trummer's criminaliſtiſchen Beiträgen Bd. 2, S. 237, Note 5.

34) Merlin, repertoire Art. Vol.

die Gewere gebrochen wird[35]). Endlich aber gibt dieſelbe Gewere auf unſtete, bewegliche Sachen, welche ſich bald da, bald dort befinden, auch vor ihrer Occupation einen Schutz, welcher denjenigen, der ſich daran vergreift, nicht blos wegen Gewaltthätigkeit oder Injurie, ſondern auch wegen Eigenthumsbeeinträchtigung in Anſpruch zu nehmen erlaubt, dem dieblichen Behalten, namentlich gefundener Sachen, nicht ungleich. Daher das Vergehen der Wilderei, das, dem gemeinen Rechte unbekannt, Viele als Polizeiübertretung haben betrachten wollen.

Daß die iura in re kein möglicher Gegenſtand unſeres Eigenthums ſind, folgt aus ihrer Unſelbſtſtändigkeit. Sie leben, ohne zu leben. Non sunt, sed intelliguntur. Prädialſervitute ſind zwar mit dem herrſchenden Grundſtücke in unſerem Eigenthume, allein blos als acceſſoriſche Qualitäten, welche dieſen einen höheren Werth geben, weshalb ſie Celſus der geſunden Luft oder der ſchönen Ausſicht vergleicht. Quid aliud sunt iura praediorum, quam praedia, qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo[36]). In Beziehung auf das dienende Grundſtück erſcheinen ſie als damit verwachſene paraſitiſche Pflanzen, welche ſich von einem fremden Stamme nähren, was dann auch von den übrigen Arten, namentlich der emphyteusis, superficies und pignus gilt. Schon das vom Perſonenrechte entlehnte Wort servitus drückt eine Perſonendichtung aus. Das paſſive Object des Eigenthums wird ſo vorgeſtellt, als ob es alle aus ihm zu ziehenden Vortheile ſeinem Herrn willig und von ſelbſt gewähre, und von Natur dazu geſchaffen ſei. Durch die Servitut wird es in dieſer Spontaneität beſchränkt, ſo daß der Herr etwas darauf leiden oder nicht thun muß. Die species iuris in re hat das teutſche Recht durch die feuda et feudo vicina ſehr vervielfältigt, insbeſondere aber von der Analogie des gemeinen Rechtes ſich dadurch entfernt, daß es auch Grundbeſchwerden zuläßt, welche in einem Geben oder Thun beſtehen. Man iſt jedoch davon zurückgekommen, die letzteren, wie es früher geſchah, als servitutes iuris germanici zu bezeichnen. Ihr Urſprung darf nicht in dem Vermögensrechte, ſondern mehr in dem öffentlichen und dem davon ausſchließenden Perſonenrechte aufgeſucht werden. Wir verdanken ſie meiſt der Hörigkeit, alſo dem an die Clientel der Plebejer und Freigelaſſenen mahnenden Verhältniſſe einer perſönlichen Abhängigkeit, mit dem Sachenrechte nur inſofern verknüpft, als ſie gewöhnlich und zuletzt durchgängig mit der Grundherrlichkeit verbunden war, welche die auf fremdem Grund und Boden Angeſiedelten in die Lage verſetzte, ſich von dem rechten Eigenthümer vertreten und Geſetze vorſchreiben zu laſſen. Manche, wie das Beſthaupt, das Rauchhuhn und die Beden, können noch am heutigen Tage die Natur einer allgemeinen Abgabe nicht verleugnen, welche den Anſäſſigen eines Diſtrictes auferlegt worden. Noch mehr gilt dieß vom Zehnten und insbeſondere vom Blutzehnten, der überhaupt ſich als eine in Privathände gerathene Staatsumlage dadurch ankündigt, daß er ohne beſtimmte Mar-

35) Zöpfl, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte Abth. II, S. 167 flg.
36) L. 86. D. de V. S.

kung auch von ungebautem Lande gefordert wird, und jeder, wer davon frei ſein will, die Exemtion beweiſen muß, ſelbſt da, wo die von dem weltlichen Arme unterſtützten hierarchiſchen Anſprüche Widerſpruch gefunden und die Zehnten mehr aus der Gutsherrlichkeit entſprungen ſind. Andere, wie die Erbgülten, Erbzinſen, Landgarben, Laudemien, ſind freilich unverkennbare Vorbehalte ohne Bedingungen übertragenen oder blos verliehenen Eigenthums, denen die census constitutivi nachgebildet worden ſind, theils um das Verbot der Zinſen zu umgehen, theils weil der Teutſche außer den Städten an res creditae nur inſofern Geſchmack fand, als ſie, auf liegendem Gute radicirt, einen dauerhaften Charakter annahmen. So verſchiedenartig aber auch ihr Urſprung ſein mag, ſie ſind dem Privatrechte anheimgefallen, wahre Reallaſten geworden, welche eine gerechte Geſetzgebung nur zu fixiren und für ablöslich zu erklären vermochte. Sie konnten hier nicht unberührt bleiben, weil ſie die Zahl der unkörperlichen Sachen ſo vervielfältigt haben, daß die Streitfrage entſtanden iſt, ob das teutſche Eigenthum, wie das römiſche, auf körperliche Sachen beſchränkt werden dürfe[37]). Diejenigen, welche das teutſche Sachenrecht auf die All-Einslehre der Gewere zurückführen[38]), müſſen dieſen Satz verneinen, weil ſich in ihr alles Eigenthumsrecht auflöſt und verliert, wie im Spinozismus die endlichen Subſtanzen in Gott. Aber dieſe Gewere iſt ſelbſt kein durch Abſtraction darſtellbarer Begriff, ſondern nur ein Schema, welches Begriff und Anſchauung oder Recht und Thatſache vermittelt und eben, weil es ſich beiden anbequemen muß, durch jede feſte Geſtalt, die wir ihm geben wollen, ſeine Wahrheit verliert. Es wird den Germaniſten ſo wenig gelingen, ſie zu definiren, als die Civiliſten und Criminaliſten je im Stande geweſen, von dem Beſitz oder dem Dolus eine umfaſſende Sacherklärung zu geben, da beide als reine Thatfragen nur aus den Umſtänden hervorgehen. Es gibt keine Definition des dolus, als die, er ſei diejenige ſubjective Seite des Verbrechens, welche den Thatbeſtand deſſelben vollkommen ausfüllt, und dieß bezeichnet zugleich ſeine jeder Definition widerſtrebende Vielgeſtaltigkeit, vermöge der er bei jedem Verbrechen eine eigenthümliche Farbe annimmt. So iſt die Gewere die objective Bedingung der Wirklichkeit eines jeden dinglichen Rechtes, der Durchbruch deſſelben, der ſeinen Begriff als Phänomen realiſirt[39]), und ſie kann daher die

---

37) Runde, Grundſ. des teutſchen Privatrechtes §. 253. Dunker in Reyſcher's Zeitſchrift S. 194, 195.

38) Philipps, Grundſ. des teutſchen Privatrechtes §. 17.

39) Vielleicht wäre es kein ſchlechter Witz, wenn man der alten Vehmgerichtsordnung ein Wort abborgen und ſagen würde, die Gewere iſt der blinkende Schein des dinglichen Rechtes, welcher für daſſelbe unmittelbare Achtung einflößt, ſogar die von ihrem Herrn ohne ſeinen Willen getrennte bewegliche Sache wie ein Genius begleitet, der den Finder an ſeine Pflichten mahnt, ſeine vollſtändige Herrlichkeit aber, die jenem auf ſeinem Allode ſitzenden fränkiſchen Edelmanne das bizarre Selbſtgefühl einflößte, vor dem vorüberziehenden Kaiſer, ohne aufzuſtehen, nur die Kopfbedeckung abzunehmen, nur an einem abgeſchloſſenen Gebiete des Erdreiches offenbart und daher verdunkelt wird, ſo-

ſpecifiſchen Arten deſſelben ſo wenig verwiſchen, daß ſie vielmehr, ohne die eine oder die andere darzuſtellen, ſich in ein Nichtzuunterſcheidendes verlieren würde, das weder Sinn, noch Verſtand hat, welche durch ſie zugleich befriedigt ſein wollen. Mit Recht macht Reyſcher darauf aufmerkſam, wie ſorgfältig unſere Quellen z. B. die Eigens- und die Lehnsgewere unterſcheiden und wie ganz anders verhält es ſich wieder damit bei Fahrniſſen. Ich muß daher auch hier mit Dieck[40]) die obige Frage bejahen, und finde unter anderen ſeine Berufung auf die Artikel 15 und 32 des Sachſenſpiegels ſehr gegründet. War gleich der Gefällberechtigte, auch wo ihm kein Eigenthum an dem belaſteten Gute zukam, durch eine dingliche Anſprache (Gewere) an letzteres geſichert, welche ihm ſowohl hinſichtlich des Hauptrechtes, als in Anſehung der einzelnen fälligen Leiſtungen zukam[41]), ſo war doch dieſe von der Eigensgewere ſehr verſchieden, weil die letzte ein ſchon gegenwärtiges Recht (ſelbſt bei dem am meiſten beſchränkten Lehnsherren das ius, alienationem adhuc instantem inhibendi, in welchem das ius, rem alienatam vindicandi wurzelt) begreift, während wir hier ein blos künftiges Recht auf keine Sache, ſondern nur auf eine Leiſtung oder Lieferung haben, die ſo lange ſie an jedem Verfalltage geſchieht, die Eigensgewere des Gefällpflichtigen an dem belaſteten Gute unangefochten läßt, und freilich urſprünglich mit dem, übrigens in neueren Zeiten in der Regel verſchwundenen äußerſten Rechte verbunden war, den Anderen dieſer Gewere bei beharrlicher Saumigkeit zu entſetzen[42]). Es war dieſes, wie bei dem missus in possessionem ex secundo decreto, eine Singularſucceſſion in die Eigensgewere eines Anderen, welche von dieſem erſt verwirkt ſein mußte, bevor ſie eintrat. Daß auch ſolche dingliche Forderungsrechte in den Urkunden zuweilen Eigenthum genannt werden, beweiſet für den teutſchen Begriff ſo wenig, als die uns in unſerem corpus iuris begegnenden Ausdrücke dominium, ususfructus oder servitutes für den römiſchen, und iſt dem Doppelſinne des Wortes Eigen zuzuſchreiben, das auch dem Erbe entgegenſteht. Es wird alsdann im weiteſten Sinne genommen, in welchem man es ſogar auf nomina ausdehnen könnte, auf alles, was ceſſibel, vererblich und Gegenſtand einer Beſchlagnahme für die Gläubiger iſt. Gefällberechtigungen können allerdings, ſo gut wie Servituten, mit einem wahren Eigenthume, als acceſ-

---

bald eine bewegliche Sache mit dem Willen des Eigenthümers in ein fremdes Gebiet übergeht. Man kann von ihr, wie von der possessio des Civilrechtes, die ſcheinbar widerſtreitenden Sätze behaupten, possessio plurimum facti habet, und possessio plurimum ex iure mutuatur. Daher gibt es auch eine blos factiſche Gewere des Diebes u. ſ. w., die nur einer ſtärkeren weicht.

40) L. c. p. 481. Die von ihm angeführten Stellen halte ich darum für glücklich gewählt, weil bei dem doppelten Gegenſatze des Eigen auch gegen Erbe die Verſchiedenheit ſich am richtigſten zeigt, wo auch dieſer Doppelſinn verſchwindet.

41) Albrecht, die Gewere als Grundlage des älteren teutſchen Sachenrechtes (Königsberg 1828), S. 158, 168, 186.

42) Der Nichtverfall der Gültgüter iſt durchgreifend ausgeſprochen im badiſchen Landrechte Art. 710. f. h.

ſoriſche Qualitäten, verbunden ſein und man wird wenig Rittergüter finden, die nicht mit ſolchen Zubehörden ausgeſtattet wären. Daß ſie aber auch ohne dieſe Verbindung von unſeren Vorfahren, welche, wie ſchon erwähnt[43]), die Beſtändigkeit ihres Vermögensrechtes nur im Grundeigenthum zu finden glaubten, daher die Leibhaftigkeit oder lebendige Erſcheinung des Eigenthums in der Gewere nur durch Herrſchaft auf einem abgeſchloſſenen Gebiete zu verſinnlichen vermochten, welche dem beweglichen Gute nicht den gleichen, durchgreifenden Schutz verlieh, und denen ſogar Gebäude nicht unvergänglich genug waren, um ſie dem unbeweglichen Gute gleich zu erachten, ſolche künſtliche und gewiß erſt ſpäter erfundene Verſuche, Forderungsrechte durch Immobiliſirung dem Schwerpunkte unſerer Vermögensrechte näher zu bringen, mit dem Eigenthume für ein Ding gehalten, iſt ſchwer zu glauben. Letzteres war ja das gerade Widerſpiel, da der freie Mann auch freies Gut verlangte, und dadurch, daß er ſein Allod zu Lehn auftrug oder mit Zinſen und Dienſten beſchwerte, ſo gut ſeine Sache herabzuwürdigen glaubte, als er ſeinen Heerſchild erniedrigte. Das ächte Eigenthum war das Ebenbild einer freien Perſönlichkeit, welches durch ein genau beſtimmtes Forderungsrecht unmöglich repräſentirt werden konnte. Auch C. 30. des ſchwäbiſchen Lehnrechtes mit C. 29. des Schilter'ſchen ius feud. allem. dürfte hierher zu beziehen ſein.

Dieſe Betrachtungen werden zu der Ueberzeugung genügen, daß das gemeine und teutſche Recht im Begriffe ſo zuſammentreffen, daß ſie ſich durch eine wahre Coalition nur wechſelſeitig ergänzen und modificiren konnten. Für den heutigen Gebrauch muß das neuere römiſche Recht unſtreitig die Grundlage bilden, nicht nur wegen ſeiner ſchärferen und fruchtbareren wiſſenſchaftlichen Ausbildung, ſondern auch weil die Abweichungen des teutſchen Rechtes auf einem entſchiedenen Uebergewichte des nur in größeren Beſitzthümern darſtellbaren unbeweglichen Reichthums beruhen, welches, durch das Aufkommen der Städte und ſtädtiſchen Gewerbe längſt verſchwunden, als eine Wahrheit nicht mehr wiederherzuſtellen iſt. Viele noch fortdauernde Ueberreſte davon greifen in das Privat- und öffentliche Leben der heutigen Welt ſo ſtörend ein, daß es für die Geſetzgebung zur unerläßlichen Aufgabe geworden iſt, ihnen mit möglichſter Schonung erworbener Rechte eine Art von Athanaſie zu bereiten, und die Zahl der freien Grundeigenthümer ſo zu vermehren, wie es die intenſiv ſtärkſte Production für die zugenommene Bevölkerung verlangt, wenn nach dem völlig veränderten Begriffe des ebenſo gut auf ein Etabliſſement, als auf Grundeigenthum zu radicirenden activen Staatsbürgerrechtes das alte Recht im Geiſte regenerirt werden ſoll. Dieſe Kriſis iſt nicht erſt von geſtern und darf keineswegs blos revolutionairen Ideen zugeſchrieben werden. Die in Reyſcher's württembergiſchem Privatrechte §. 256 angeführten alten Landesordnungen, Reſcripte und Statuten ſind gewiß keine ſporadiſche Erſcheinungen und kommen auch in anderen Statuten und

43) S. Note 30.

Ländern vor[44]). Allein auch vor dieſer von der Geſetzgebung zu erwar=
tenden vollſtändigen Umbildung dürfen die Eigenthümlichkeiten des teut=
ſchen Rechtes nur mit großer Vorſicht, als noch beſtehend, angewendet
werden. Ihr vornehmſter Gebrauch iſt blos privatrechtlich und particu=
larrechtlich. Privatrechtlich, inwiefern ſie als erworbene Rechte, die man
wohl abſterben laſſen, aber nicht abſprechen kann, die Kriſis überlebt
haben, in welcher Beziehung ihnen gewöhnlich eine Privilegiennatur an=
klebt, welche mit noch anerkannten Standes= und Corporationsrechten zu=
ſammenhängt. Particularrechtlich, inwiefern einzelne Sätze durch
Statuten erhalten worden ſind. Gemeinrechtlich kehrt ſich dagegen das
Subſidiaritätsverhältniß um, und man kann ihnen nur inſofern prakti=
ſchen Werth beilegen, als ſie das römiſche Recht durch glücklichere Entwicke=
lungen ergänzen, wo dieſes uns im Stiche läßt, oder weſentlich mit für
uns unanwendbar gewordenen Beſtimmungen zuſammenhängt, wovon wir
oben einige Andeutungen gegeben haben. Ob das in der jüngſten Zeit
mit ſo vieler Liebe betriebene Studium des vaterländiſchen Alterthums
eine beſonders reiche Ausbeute der letzteren Art verſpricht, müſſen wir
erwarten und dahin geſtellt laſſen.

Ueber die einzelnen Beſtandtheile des Eigenthumsrechtes haben
wir uns oben bei der Kritik der Definition Haſſe's ſchon ausgeſprochen,
daß wir es hierin mit dem Donellus halten. Quare non dubitamus, quin Dominii hae velut partes sint quinque, in quibus hoc
ius consistat utque dominus sit rei, idem dominii iure omnes
habeat. Prima ius tenendae et possidendae rei. Secunda licere
incolumem tueri. Tertia utendi fruendique ius. Quarta, ius
arcendi ab eius usu quoslibet. Postremo ius alienandi, diminuendi, dive. Gewöhnlich wird es nur in das Recht auf die Subſtanz
und in das Recht auf Gebrauch und Genuß zergliedert. Das Recht auf
den Beſitz erachtet man überflüſſig, weil dieſer allein in den Stand ſetzt,
über die Subſtanz zu verfügen und die Früchte ſich zuzueignen, und
ſich folglich von ſelbſt verſtehe. Allein der Beſitz gewährt nicht
nur dieſe Möglichkeit, welche den Zweck des Eigenthums keineswegs er=
ſchöpft, ſondern er gewährt auch jene Ruhe, jenes Selbſtgefühl, jenen
Stolz, welche der Sitz auf eigenem Heerde und die Gewere über be=
wegliches und unbewegliches Gut einflößen, und durch jede Beſitzſtörung
als das innere Meine ſchon angegriffen werden. Das Eigenthum beglei=
tet aber die Sache wie ein Genius, ſo daß jede Verletzung deſſelben auch
ohne Beſitz rechtverletzend wird, weßhalb ſich aus demſelben auch der
Anſpruch auf Unverletzlichkeit ſeines Gegenſtandes entwickelt. Von dem
Rechte, die Subſtanz der Sache zu verändern, umzuſchaffen, ſie zu zer=
ſtören, iſt das Recht ihrer Veräußerung, welches ihre Integrität voraus=

44) Schon das ſtuttgardter Stadtrecht von 1492 verbietet die Beſchwerung
der Güter mit ewigen oder unablöſigen Zinſen und Gülten: „denn ſollent die
fürus alſo, wie bisher verkauft werden, ſo kem es bald dazu, daß niemand
kein aigen oder zinsfrei Gut hie zu Stuttgardt funde." Die Landesordnung
erklärt dergleichen Contracte für nichtig und beſtraft Käufer und Verkäufer.

ſetzt und, ſo weit ſie geht, jenes Verfügungsrecht für die Zukunft entzieht, ſehr verſchieden. Auch der Uſufructuar wird ſich jede ihm nachtheilige Umgeſtaltung der Sache verbitten, kann dagegen eine Veräußerung nicht verhindern. Gleichwohl kann man das Letztere nicht mit Göſchen (l. c. §. 224.) von denen im Eigenthumsrechte liegenden Befugniſſen ausſchließen. Denn es liegt ſehr weſentlich in dem Begriffe dieſer bis zu ihrer ſie übertragbar machenden Trennung innigen Vereinigung einer körperlichen Sache mit unſerer Perſon, daß ohne unſeren Willen nichts davon abkommen kann. Auch iſt es ja gerade das Unterſcheidende von den bloßen iura in re, daß dieſe nicht weiter veräußert, auf eine Servitut keine neue Servituten beſtellt werden können u. ſ. w., daß nur der dem Eigenthume ſich annähernde ususfructus, aber keine Prädialſervitut ohne das herrſchende Grundſtück verpachtet werden darf. Auch das Vindicationsrecht von dem unſchuldigen Beſitzer gehört hierher, weil es von den Forderungsrechten, worauf unſere aus verbindlichen Willenserklärungen oder zurechnungsfähigen Handlungen entſpringende Klagen gehen, weit verſchieden iſt.

Bei der Eintheilung des Eigenthums in widerrufliches und unwiderrufliches und des erſteren in ein ſolches, das ex nunc oder ex tunc aufhört[45]), halten wir uns nicht auf, da darüber jedes Compendium Beſcheid gibt. Nur die Eintheilung in vollkommenes und unvollkommenes Eigenthum verdient nach unſerem Plane eine Erwähnung, weil ſie heut zu Tage von Civiliſten und Germaniſten einſtimmig verworfen wird, welche dafür nur ein mehr oder minder beſchränktes Eigenthum gelten laſſen[46]). Theoretiſch und hiſtoriſch müſſen wir ihnen beipflichten. Nach dem von uns ſelbſt hervorgehobenen Urbegriffe ſowohl des römiſchen als des teutſchen Rechtes kann es allerdings nur ein Eigenthum geben, welches den Anſpruch auf alle dingliche Rechte, die an einer körperlichen Sache möglich ſind, umfaßt und in ſich begreift, und dieſer Idee entſpricht das Recht des Lehnsherrn mehr, als das des Vaſallen, weil die Ausſicht auf Conſolidation, wie Dunker richtig anführt, eine in demſelben gewurzelte iſt, während die Ausſicht auf Appropriation auf Zufälligkeiten beruht. Indeſſen läßt ſich doch für die Empirie die Diſtinction in die Doppelgänger dominium directum et utile in ſo weit rechtfertigen, daß man dieſelben, welche nun einmal in unſerer Jurisprudenz eingebürgert ſind, nicht ohne Wahrheit gelten laſſen kann, wie es Mittermaier und Maurenbrecher thun[47]). Das Recht des Vaſallen umfaßt eine Totalität aller zum Eigenthume gehörigen Beſtandtheile, er hat den Gebrauch und die Nutznießung ganz, und von der

---

45) Ein württembergiſcher Rechtsgelehrter hat die Materie gut behandelt. Mich. Grasse, tractat. de reditu dominii legali. Tübing. 1724. 4.

46) Vgl. Thibaut, civ. Abhandlungen S. 266—284. Löhr, Magazin Bd. 3, St. 4, S. 487. Krug, de natura dominii directi et utilis feudorum. Lips. 1828. Dunker, unter Dominium directum et utile in Reyſcher's Zeitſchrift Bd. 1, S. 177 flg.

47) Mittermaier, teutſches Privatrecht §. 156. Maurenbrecher, Lehrbuch des teutſchen Rechtes §. 188.

nuda proprietas wieder das Recht, die Sache umzugeſtalten, ja ihren Werth durch darauf geſtattete dingliche Rechte und Servituten zu verringern, Verfügungen, welche erſt nach dem Heimfalle theils zu Erſatzanſprüchen berechtigen, theils ihre Kraft verlieren. Alle Rechte, deren Abſonderung von dem Eigenthume möglich ſind, ſind alſo, ſo lange der Lehnsnexus dauert, in ſeiner Hand, und es bleibt nur das allein untheilbare Veräußerungsrecht dieſes zum Nutzeigenthume gehörigen Inbegriffes zurück, welches ihm mit dem Lehnsherrn, der es nur verhindern und bekräftigen, aber nicht ſelbſt üben kann, gemeinſchaftlich zuſteht, ſo daß nach urſprünglich teutſchem Rechte eine einſeitige Veräußerung deſſelben nur für unwirkſam, aber nicht für unerlaubt und abſolut nichtig erklärt werden konnte. Auch iſt dem Lehnsherrn keine völlig unbeſchränkte Veräußerung ſeines Obereigenthums geſtattet, da der Conſens des letzteren wenigſtens dann nöthig iſt, wenn die Veräußerung an einen dominus inferioris conditionis geſchieht. Das Recht des Lehnsmannes ſtellt alſo das Phänomen eines dominii corporis dar, das man beſonders ſeit der Erblichkeit der Lehen wegen ſeiner Selbſtſtändigkeit wohl den bloßen iura in re entgegenſetzen durfte. Beſonders aber ſpricht dafür das ihm allgemein, ſelbſt gegen den Lehnsherrn, zugeſprochene Vindicationsrecht und II. Feud. 43.: Si pro eo, aut contra eum iudicatum fuerit, vel cum adversario transegerit, dummodo fraudulenter actum non sit, etiamsi post beneficium aperiatur domino, tale erit, ac si eo causam agente iudicatum fuisset, et ideo ab eo ratum haberi oportet. Wer möchte hierin den rei suae moderator et arbiter der L. 21. C. mandati verkennen? — Auch einen praktiſchen Werth vermag ich jener Polemik nur hinſichtlich des Beſitzes nach Hofrecht, oder der Bauerlehen, und der dem ager vectigalis nachgebildeten römiſchen Emphyteuſis beizulegen. Hier hat der Lehnsmann, wie ſchon der Sachſenſpiegel B. 1, Art. 54 andeutet, die Vermuthung für ſich, er darf ſich keine Nutzungen herausnehmen, welche bei der Leihe nicht vorgeſehen waren, und alle ungewöhnlichen Vortheile des Eigenthums verbleiben den Grundherren, die hier auf echtes Eigenthum und echte Gewere ſtets eiferſüchtig geweſen. Ganz anders bei eigentlichen oder Ritterlehen, deren Uebertragung ſtets einen ſo univerſellen Charakter gehabt hat, daß mit der Zeit unter unſeren ſich in beiden gleich einheimiſch fühlenden Optimaten Stamm- und Lehngüter ſich faſt zu gleichem Range erhoben haben, ſo daß unſere Praktiker nicht ſelten von den letzteren auf die erſteren argumentiren. Ob dem emphyteuta der auf dem Grundſtück gefundene Schatz gebühre, iſt zwar von jeher beſtritten[48]), und ich halte ſelbſt die verneinende Meinung für die

48) Harprecht in Comm. ad Tit. Inst. de Locat. Cond. nr. 272 sq. Wiesand. Opusc. Sp. XI. nr. 1. Wenn Zoesius ſagt: Licet non habeat plenum dominium, habet tamen utile, cuius respectu omnis rei utilitas, sive in fructu sit, sive non, spectat ad emphyteutam, non ad dominum, ſo iſt das nur ein Beweis, daß die allein kundbaren Begriffe von den eigentlichen Lehen auf ihn, wie früher auf die Gloſſatoren eingewirkt und

richtige, weil ſchon ihre Aehnlichkeit mit der locatio conductio einen ſo ſeltenen und ungewöhnlichen Vortheil ausſchließt. Dagegen zweifle ich, ob irgend ein Gerichtshof Anſtand nehmen würde, den von dem Vaſallen auf ſeinem Lehngute gefundenen Schatz ihm ganz zuzuſprechen. Nicht einmal den Agnaten wird es einfallen, darauf Anſpruch zu machen, denen man ihn als Zuwachs zum Fideicommiß zuſprechen müßte, weil ihn auch der Lehnsherr auf keinen Fall vor beendigtem Lehnsnexus verlangen könnte, bei deſſen Dauer der Vaſall ſtets domini loco iſt. Hätte man bei unſeren Edelleuten des vorigen Jahrhunderts, welche noch in ihren Standesbegriffen aufgewachſen waren, Umfrage gehalten, ich hätte eine Wette darauf eingegangen, ſie hätten alle gegen den Lehnsherrn und die Agnaten entſchieden.

Gern möchten wir die bisher entwickelten Anſichten noch durch die Entſtehung, Geſchichte oder genesis des Eigenthums bewähren. Je reicher jedoch die für die beiden Elemente unſeres heutigen Rechtes, das römiſche ſowohl als das germaniſche, vorliegenden Vorarbeiten ſind, deſto mehr müßten wir beſorgen, in ein Detail zu gerathen, welches dieſen Artikel zu ſtark anſchwellen würde. Wir beſchränken uns alſo auf die Reſultate.

Es iſt eine alte Streitfrage, ob das Eigenthum ein natürliches oder ein poſitives Recht ſei, ob es von ſelbſt und durch bloße Gewohnheit entſtehen konnte, oder ob es weſentlich Normen vorausſetzt, welche zu ihrer Giltigkeit einer Promulgation und zu ihrer Verbindlichkeit einer Publication bedurft haben. Das Letzte iſt unſtreitig das Richtige und eben deshalb müſſen alle Fragen über das Eigenthum auf die Geſetze eines jeden Landes, als nächſter Urſache deſſelben, zurückgeführt werden, weßhalb ihm auch, trotz der Auflöſung des dominium quiritarium und des teutſchen echten Eigenthums, auch in ſeiner heutigen Geſtalt etwas Streng-rechtliches anklebt, das durch die allgemeinen Folgen beſtimmt wird, ohne auf die beſonderen Folgen Rückſicht nehmen zu dürfen und ſich in ein entweder oder ohne Drittes auflöſt. Der Vernunftgebrauch und das Daſein und Beiſammenſein vernünftiger Weſen in freier Wechſelwirkung bringt Güter und Beſitzthümer hervor, aber kein wahres Eigenthum, das nur durch ein öffentliches Recht, durch einen von oben herab entſcheidenden Geſammtwillen befeſtigt und vollendet werden kann. Eben deswegen iſt der Begriff deſſelben, wie Garve in ſeinen Abhandlungen über die Verbindung der Moral mit der Politik gut ausgeführt hat, im Völkerrechte ſo uneigentlich und ſchwankend, weil es hier einzig auf Beſitz- und Friedensverträgen beruht, welche, wie ein Vergleich ſtricter Auslegung, ſo leicht durch unvorgeſehene und unvorbedachte, durch eine neue

---

ſeine gemeinrechtlichen Anſichten getrübt haben. Von den Lehen ſagt Böhmer richtig: Solius vasalli ius est vi dominii utilis omnem omnino ex feudo utilitatem percipiendi, fructusque civiles et naturales, ordinarios et extraordinarios percipiendi, suosque faciendi pleno iure. Dem Bauer würde eine neuentdeckte Mineralquelle, obgleich ſie zu den fructus extraordinarii gehört, ſchwerlich zugeſprochen worden ſein. Wenigſtens hätte er ſeinen Zins erhöhen müſſen.

Streitfrage die Wiederaufnahme des Prozeſſes herbeiführende Verhältniſſe erſchüttert werden. Das einzige naturrechtliche Princip, woran es ſich anknüpft, iſt das unverlierbare Recht auf Daſein, da des Menſchen Sohn haben muß, wo er ſein Haupt und die zu ſeiner Erhaltung als phyſiſches und moraliſches Weſen nöthigen Güter hinlegen kann, und da, die Niederlaſſung, die er hat, ihm entziehen, eben ſo viel heißt, als ihm gar keine geſtehen. Allein die bloße Niederlaſſung iſt noch kein Eigenthum, das Recht auf Daſein haben Andere ſo gut wie er, und die Niederlaſſung kann die Anderen nur in ſo weit verpflichten, als ſie ſich überzeugen, daß er ſie auch wirklich und beſſer und nothwendiger als ſie braucht. So lange ſolche Conflicte, deren nach Verſchiedenheit der Lebensart zwiſchen Jägern und Nomaden und zwiſchen beiden und den Ackerbauern unzählige entſtehen müſſen, als bloße Parteifragen einem Schiedsrichteramte oder gütlichen Vergleichen überlaſſen werden, kann kein Eigenthum aufkommen, und dieſer Weg könnte zu Entſcheidungen führen, wie die des jungen Cyrus, der den kleinen Knaben ſeinen weiten und langen Rock ausziehen hieß, um ihn gegen den ihm genügenden knappen des großen Knaben zu vertauſchen. Das Eigenthum kann daher nicht aus dem der Autonomie überlaſſenen Verhältniſſe von Menſch gegen Menſch, ſondern nur aus dem Verhältniſſe zwiſchen Bürger gegen Bürger, als Glieder eines gemeinen Weſens entſpringen, inwiefern ſie ſich mit einer Hobbeſiſchen Reſignation einer unbedingt und im Namen des Ganzen durchgreifend gebietenden oberſten Macht unterwerfen, zugleich aber ſich für dieſe Reſignation entſchädigt fühlen, theils durch ihre Theilnahme an dieſem Ganzen, theils daß ihnen ſelbſt in einer zwar beſchränkten, dafür aber auch geſicherten, Sphäre ein Theil dieſer von keinem Privaten mit Erfolg durchzuſetzenden Macht zu Theil wird. Das Menſchenrecht auf Daſein iſt nur in ſo weit fruchtbar, als die Grundlage dieſer Theilnahme auf Grund und Boden zurückgeführt iſt. In dem Punkte ſtimmt die Geſchichte des römiſchen wie des teutſchen Eigenthums überein, daß urſprünglich Staatsbürgerthum und Eigenthum Correlate waren, daß man das Grundeigenthum auf eine Geſammtoccupation zurückführen muß, welche ebenſo gut, wie in den morgenländiſchen Staaten, die Einzelnen in bloße Grundholden verwandeln konnte, wovon aber das Privateigenthum eine durch Geſammtbürgſchaft geſchützte Ausſcheidung war, welches eine aus dem imperium über das Ganze abſtammende und ihm vergleichbare autoritas überträgt, durch ihren univerſellen Charakter der Volksgemeinde ſo wichtig, daß ſie, ſo wie ſie nur durch eine Staatshandlung geſchaffen werden konnte, ſo nur durch actus legitimi verändert und durch actiones legis verfolgt werden kann. So weit die Geſchichte reicht, begegnet uns nirgends das Gedicht eines Naturſtandes. Wir finden den Menſchen nirgends vereinzelt, ſondern überall in körperſchaftlichen Verbindungen, welche gerade im Urzuſtande im lebendigſten Bewußtſein hervortreten. Die von uns vorausgeſetzte Geſammtoccupation, gewöhnlich dominium eminens genannt, woraus wir das Eigenthum ableiten, läßt ſich freilich auf keinen beſtimmten empiriſchen Urſprung zurückführen, von dem wir vielmehr, weil ſie rationell das Urſprüngliche iſt, abſtrahiren dürfen. Sie

wurde übrigens auf verſchiedene Weiſe möglich. Die häufigſte iſt die der Niederlaſſung auf einem unbenutzten, noch herrenloſen Felde, um eine Colonie zu gründen, und die der Eroberung, welche im neueſten römiſchen Völkerrechte noch fortdauert (et publicatur fundus, qui ab hostibus captus est)[49]). Es iſt aber auch denkbar, daß, wie die Sage von Lykurg berichtet, die Bürger zum Zwecke einer radikalen Reform beſtimmt wurden, ihre unbewegliche Habe der Staatsgewalt als Gemeingut zur Verfügung zu überlaſſen. Eine ſolche Reſignation ſcheint uns ſo befremdlich, daß wir ſie kaum anders, als aus einem gewaltthätig durchgeführten Staatsſtreiche zu erklären vermögen. Allein wir müſſen bedenken, daß den Bürgern in den kleinen Republiken des Alterthums der öffentliche Geiſt viel näher lag, ſich durch die erforderliche Zahl von activen Staatsbürgern zu verſtärken, als jene Habſucht, die an Latifundien klebt, welche auch bei uns durch die gerechten Anſprüche des Staates auf die davon zu leiſtenden Abgaben ohne Gewalt allmälig in die fleißige Hand übergehen müſſen[50]). Genug, im römiſchen Rechte leiten uns auf jenen Urſprung die anfänglich gleichen Ackervertheilungen, welche die Sage den Königen Romulus, Numa und Servius Tullius zuſchreibt, der ſcharfe Gegenſatz von ager publicus und ager privatus, welcher erſtere gewiß alles im Gebiete oder ager romanus umfaßte, was nicht unter der anderen Eigenſchaft durch die Augurn und Agrimenſoren ſorgfältig ausgeſchieden und bezeichnet war[51]). Noch unſere ſpäteren Quellen weiſen hierauf zurück, theils durch die eben (Note 22) angeführte Definition des fundus, theils dadurch, daß von einem urſprünglichen Erwerbe liegenden Eigenthums nirgends die Rede iſt, mit der blos beiläufig erwähnten und als höchſt ſelten bezeichneten Ausnahme einer mitten im Meere entſtandenen Inſel, ohne daß die näheren Bedingungen ihrer Beſitzergreifung entwickelt ſind, während ſich über die Occupation herrenloſer beweglicher Sachen mit der feinſten Caſuiſtik verbreitet wird. Wir ſind daher zum Schluſſe berechtigt, daß das Anroden eines wüſten und

---

49) Profeſſor Mayer hat in der Zeitſchrift für geſch. Rechtswiſſenſchaft, Bd. 8, Nr. 1, gegen das Ende mit großem Scharfſinne gezeigt, daß dieſes auch bei der im Feldkriegsdienſte gemachten Beute die Regel war und daraus erklärt, woher es kommt, daß die Occupation feindlicher Sachen theils quiritariſches, theils nur natürliches Eigenthum gewährte.

50) Wir erſehen aus Diodor. Sic. L. 12. und Thucydides L. 3., daß die Trachinienſer, nachdem ſie einen ſtarken Verluſt an Volk erlitten, ſich an ihre Mutterſtadt Sparta wendeten, welche ihnen zehntauſend Mann zuſchickte, unter welche die alten Bürger die Aecker der Umgekommenen theilten. Timoleon theilte nach der Vertreibung des Dionyſius in den entvölkerten Städten Syrakus und Selinuntium zum großen Vergnügen der alten Einwohner das Land ſo, daß 40,000 neue Ankömmlinge, die er aus Griechenland eingeladen, verſorgt wurden. Ueber die im Texte ſogleich folgenden Eintheilungen der Könige vgl. Dionys. Halic. II. 7. II. 76. IV. 9. Plinius, hist. nat. XVIII. 2.

51) Niebuhr, römiſche Geſchichte, dritte Auflage, Bd. 2, S. 146 flg., und den Anhang über die römiſche Eintheilung des Landeigenthums und die Limitation S. 694 flg.

unbenutzten Feldes im Stadt- oder Staatsgebiete nur eine possessio et usus in jenem Sinne gewährte, welche als Eigenthum dem ager entgegengeſetzt wird [52]). Der durch den Verkehr mit den Peregrinen entſtandene Unterſchied zwiſchen dominium quiritarium und bonitarium — es ſei uns erlaubt, die gewöhnliche Terminologie beizubehalten — erklärt ſich endlich ebenfalls aus dem in dem ganzen Rechtsinſtitute urſprünglich vorwiegenden publiciſtiſchen Charakter, welcher nur noch als nuda autoritas [53]) fortdauern konnte, nachdem er einem reinmenſchlichen, mehr dem Privatrechte angehörigen Elemente einer nicht minderen Schutz anſprechenden Güterwelt allmälig gewichen war, in welches ſich das Inſtitut zuletzt verloren hat, ohne daß jedoch das durch ſeinen Urſprung begründete, von der erzeugenden Urſache unabhängige Einfache, Univerſelle und Beſtändige aufgegeben werden konnte und durfte, welches das Weſen des Eigenthums bildet.

Daß das teutſche Eigenthum denſelben Urſprung hat, darauf weiſen die älteſten Nachrichten beim Tacitus (Germ. c. 28.) und Julius Cäſar (de B. G. VI. 22.) ſo unzweideutig zurück, als die sortes Gothicae, Vandalicae, Burgundicae, die terra Salica etc., beſonders aber die Oeffentlichkeit, an welche der Uebergang des Eigenthums durch gerichtliche Auflaſſung und Inveſtitur gebunden war. Doch wir dürfen über dieſen Stoff einen ſchon im Jahre 1773 [54]) gedruckten Aufſatz von Juſtus Möſer, „teutſche Geſchichte" überſchrieben, empfehlen, welche über die Schickſale des teutſchen Grundeigenthums und ihren genauen Zuſammenhang mit der Staatsverfaſſung einen umfaſſenden und ſehr belehrenden Ueberblick gewährt, und enthalten uns um ſo mehr jedes Weiteren, da wir das Eigenthümliche des teutſchen Rechtes ſchon oben in mehrfacher Beziehung hervorgehoben haben.

Unter die vielen lichten Blicke, welche uns die jüngſte Literatur in dieſem Felde eröffnet hat, gehört folgende Stelle Brackenhöft's [55]), welche uns ſo angeſprochen hat, daß wir uns nicht enthalten können, damit den gegenwärtigen Artikel zu ſchließen. „Betrachtet man Gewere als das Verhältniß der Herrſchaft in Beziehung auf dritte Perſonen, aber nicht über dieſe, ſo muß ein Drittes vorhanden ſein, welches der Herrſchaft unterworfen, an dem, da hier von einer äußeren Herrſchaft die Rede iſt, ſich etwas Körperliches finden muß. — Abgeſehen davon einſtweilen, daß das Verhältniß einer rechten Gewere in einer ſo engen Verbindung mit dem Rechte ſteht, daß es auch ohne thatſächliche Verwirklichung beſtehen kann, wird hier darauf ein Blick zu werfen ſein,

---

52) v. Savigny, Recht des Beſitzes, 6. Ausgabe, S. 216—224. S. 220, Note 1. L. 115. D. de V. S.

53) Vgl. Ballhorn-Roſen l. c. S. 246 flg. Ueber den Unterſchied überhaupt Unterholzner, rhein. Muſ. Bd. 1, S. 129. Zimmern, rhein. Muſ. Bd. 3, S. 311. Unterholzner, Bd. 5, Nr. 1. Mayer l. c. und in der Tübinger Zeitſchr. Bd. 4, S. 65—76.

54) Als Anhang zu der Flugſchrift: Von teutſcher Art und Kunſt. Seitdem auch unter ſeine patriotiſchen Phantaſieen aufgenommen.

55) Reyſcher's Zeitſchrift Bd. 3, Hft. 1, S. 8.

daß dieſe Verwirklichung nothwendig Raum erfordert, es ſei nun, daß man dieſen ſelber als beherrſcht denkt, oder als dasjenige, worin ſich der beherrſchte Körper befindet; denn wie ſollte z. B. derjenige, dem ein Pferd gehört, ſeine Herrſchaft über daſſelbe üben, wenn es keinen Fleck auf der Erde gäbe, den damit einzunehmen ihm geſtattet wäre? — Daſſelbe gilt auch von der Herrſchaft des Menſchen über ſeinen eigenen Körper, und jedes körperliche Rechtsſubject muß nothwendig irgend einen Raum für ſeinen Körper in Anſpruch nehmen können; aber die Herrſchaft in dieſem Raume fällt dergeſtalt mit ſeinem Daſein zuſammen, daß ſie gar nicht als eine beſondere Herrſchaft hervortritt. — Indeſſen gibt es Körper, mit denen ſchon ein unabänderlich beſtimmter Raum ihrer Natur nach verbunden iſt: die unbeweglichen. Herrſchaft über unbewegliche Dinge iſt immer Herrſchaft über einen beſtimmten Raum und abgeſehen von Statusverhältniſſen, Anſprüchen aus Verletzungen und ſonſtigen Forderungsrechten, beziehen ſich (abgeſehen von Rechten an Mobilien) alle älteren teutſchen Verhältniſſe auf ſolche Raumherrſchaften: Grundeigenthum, Amtsrechte und ſpäter Landeshoheit. Das Grundeigenthum enthält ſelbſt die Gerichtsbarkeit über die Streitigkeiten der von demſelben abhängigen Rechte von Hinterſaſſen an den in ſeinem Kreiſe enthaltenen Räumen und die Herrſchaft über jeden Raum, auch die über die in demſelben enthaltenen Körper. Ein ſolcher unabänderlich beſtimmter Raum, der den Immobilien eine Stabilität gibt, ihre Identität nachweiſt und ihren jedesmaligen Inhaber den Umwohnern zur ununterbrochenen Beobachtung darſtellt, fehlt den Mobilien. Eine gewiſſe Notorietät von einem dauernden Innehaben abſeiten einer Perſon iſt bei dieſen ſchwer zu erlangen, und ſo erklärt es ſich, daß eine ſolche nicht, wie bei den Immobilien der Fall, auf den Schutz des Rechtes einen Einfluß hatte (verſteht ſich nach den Begriffen unſerer Vorfahren), ſondern nur das augenblickliche Daſein eines Mobile in der Gewere einer Perſon dabei in Betracht kommt, ſo daß die Gewere von Mobilien nicht als ein unmittelbares Verhältniß der Perſon zum Dinge erſcheint, ſondern nur ein ſolches, welches erſt durch das Daſein in einem beſtimmten Raume, an welchem ihr die Gewere zuſteht, und vermittelſt der Herrſchaft über dieſen Raum, begründet wird 56)." Zirkler.

---

56) Wie ſehr dieſe Stelle Brackenhöft's zu der in dieſem Artikel verſuchten genetiſchen Erklärung des Eigenthums ſtimmt, bedarf keiner Ausführung. Da übrigens dieſer intereſſante Punkt vielleicht zu kurz behandelt worden iſt, ſo ſeien uns darüber noch einige Anmerkungen vergönnt.

Ob das bonitariſche Eigenthum ſo gut, wie das quiritariſche ſchon frühzeitig durch eine petitoriſche, in der Wirkung der Vindication gleichkommende Klage verfolgt werden durfte, iſt eine ſehr beſtrittene Frage, welche wir den Geſchichtsforſchern überlaſſen müſſen. Verneint man ſie — und man muß geſtehen, daß dieſe verneinende Meinung ſehr erhebliche Gründe für ſich hat — ſo geräth man freilich auf das abſchreckende Reſultat, daß alle diejenigen Erwerbsarten, welche unſere Claſſiker zu den natürlichen rechnen, mit Ausnahme der Acceſſion zu einer ſchon im quiritariſchen Eigenthume befindlichen Hauptſache, kein quiritariſches und folglich, da die älteſten Römer nach Caius kein anderes kannten, gar kein wahres Eigenthum gewährten. So ſchwer es hält, ſich in die Vorſtellung zu

Eigenthum, literariſches, artiſtiſches, techniſches unſcheidet ſich von allem anderen Eigenthume nur durch ſeinen Gegenſtand,

---

finden, daß ein ſolcher Zuſtand in einem nach Weltherrſchaft und Welthandel ſtrebenden Volke ſo lange fortgedauert habe, daß er ſich zu den Zeiten dieſes Juriſten nur noch im Gedächtniß erhalten konnte, ſo verliert ſie doch ihr Widerſtrebendes, wenn man in Erwägung zieht, daß, da der ſpätere Unterſchied von res mancipi und nec mancipi nicht hierher gehört, keine Art von Sachen von dem quiritariſchen Eigenthume ausgeſchloſſen war, daß die durch die Zwölftafelgeſetze beſtätigte kurzdauernde Uſucapion, welche Hume als Probe eines tartariſchen Zuſtandes irrig angeſehen hat, wie die praescriptio annalis des teutſchen Rechtes gerade die Hauptbeſtimmung hatte, die natürlichen Erwerbarten zu ergänzen, daß das natürliche Eigenthum, ja das bloße Gebrauchsrecht nicht nur gegen Diebſtahl, Raub und Gewalt zu verfolgen war, ſondern daß auch die nicht quiritariſchen Erwerbarten, welche die Bequemlichkeit und Lebhaftigkeit des Verkehrs unerläßlich machte, als iusta causa, welche nach ſicheren Spuren durch den Titel pro suo auch die urſprünglichen umfaßt hat, frühzeitig nicht nicht nur durch die exceptio rei venditae et traditae gegen den quiritariſchen Eigenthümer geſchützt, ſondern auch gegen Dritte durch die actio publiciana geltend gemacht werden konnten, deren Urheber gewiß nur früheres Gewohnheitsrecht beſtätigt hat, endlich aber, daß, je näher ſeinem Urſprunge, deſto mehr in dem Eigenthume der publiciſtiſche Charakter einer dem imperium analogen Privatgewalt des Bürgers, als ſolchen, wie es auch bei unſerer die Hinterſaſſen in der Volksgemeinde vertretenden Gutsherrſchaft der Fall war, als Hauptmerkmal hervortreten mußte, welcher ſich durch das Uebergewicht des an ſich mehr privatrechtlichen natürlichen Eigenthums zuletzt in eine nuda autoritas, in eine körperloſe Seele verlor.

Weit wichtiger als dieſe Streitfrage iſt daher für die Rechtsphiloſophie die von Brackenhöft ſo richtig ergriffene Ueberzeugung, daß die Baſis alles Eigenthums ſowohl nach dem ius quiritium, als nach dem echten Eigenthume der Teutſchen auf abgegrenzte Stücke des Erdbodens zurückgeführt werden müſſe, welche, ſo ſehr ſie uns den Schauplatz einer ſicheren, ausſchließenden und ungehinderten Privatrechtsſphäre im Superlativ gewähren, dennoch immanente Beſtandtheile eines ſie garantirenden Staatsgebietes bleiben. Denn an ſie knüpft ſich unmittelbar der große Gedanke, daß imperium und dominium, wie der unvergleichliche Grotius ſchon geahndet hat, Zwillingsgeburten einer Urzeugung ſind, die ſich wechſelſeitig bedingen. Dieſe Ueberzeugung läßt ſich nun aus unſeren Quellen leicht nachweiſen. Schon die Begriffe fundus, locus, praedium, wie ſie im Titel de V. S. die Fragmente 60, 211, 198 zu entwickeln ſuchen, der Umſtand, daß ſogar Gebäude nur mit dem Grund und Boden, worauf ſie ſtehen, wahres Eigenthum bilden, und daher dem Buchſtaben der die Uſucapion regelnden Zwölftafelgeſetze nur kraft dieſer Acceſſion durch Interpretation aggregirt worden ſind, weiſen darauf zurück. Auch ſpricht dafür, daß Ulpian Tit. XIX. die praedia in Italico solo, worunter gewiß keine bloße possessiones im Sinne der L. 115. eod. gemeint waren, an die Spitze der res mancipi ſtellt, während von beweglichen Sachen gerade nur Sklaven, Laſt- und Zugthiere genannt werden, welche vorzugsweiſe zum Landbau gebraucht werden. Auf dieſe Beziehung hat bekanntlich Meermann ſeine Hypotheſe über den Grund des charakteriſtiſchen Unterſchiedes derjenigen Sachen gegründet, welche nur durch eine quiritariſche Erwerbart Eigenthum werden konnten, und es läßt ſich noch weiter dafür anführen, daß die tribus urbani geringer geachtet waren, als die tribus rustici, ſo daß eine Verſetzung aus den letzten in die erſten als nota censoria galt. Gleichwohl iſt ſie darum nicht befriedigend, weil ſie unerklärt läßt, warum gerade nur Sklaven und die näher bezeichneten Hausthiere res mancipi waren und Schiff und Geſchirr, Wagen, Pflüge, Eggen u. ſ. w. der gleichen Auszeichnung entbehrten. Ein weiterer und näherer Grund

und was von jenem geſagt worden iſt, hat auch von dieſem ſeine völlige Geltung, obſchon bei dem gegenwärtigen Standpunkte der Wiſſenſchaft

———

dürfte der ſein, daß jene Sachen durch ihre Phyſiognomie und angewohnte Anhänglichkeit an Haus und Hof am leichteſten unterſcheidbar machen, wem ſie gehören und daher auch gleich Haus und Hof ſich am meiſten mit uns identificiren, während die wild- und landfremde Natur der Kameele und Elephanten einer ſolchen Angehörigkeit zu widerſtreben ſchien, deren Tilgung oder Lostrennung eines beſonderen Ritus bedurfte. Doch dieſer Grund ſei, welcher er wolle, es genügt, daß bewegliche Sachen in einem Zeitpunkte, welchen man das Mittelalter in der Geſchichte des römiſchen Eigenthums nennen könnte, nur in wenigen Ausnahmen dem in quiritariſchem Eigenthume befindlichen Grund und Boden gleich geſtellt wurden, um darauf zu ſchließen, daß man ſie urſprünglich nur als Güter und Beſitzthümer, die der Menſch in den Staat mitbringt und die dieſer, als den Bürger nicht berührend, der Privatautonomie überläßt, und nicht als ſtrenges Eigenthum, das erſt der Staat ſchafft und gewährt, angeſehen worden ſind. Erſt aus einer Verſchmelzung beider Anſichten iſt das heutige Recht entſtanden.

Ein Ebenbild von jenem dominium duplex des Caius iſt der Unterſchied zwiſchen dominium directum et utile, bekanntlich von den Gloſſatoren (zuerſt bei Bulgarus vorkommend) erfunden, übrigens ſchon in Urkunden des 13. Jahrhunderts gebraucht und ſo ſehr aus Sachgründen hervorgegangen, daß man die nun einmal eingebürgerte Terminologie nicht wohl verbannen kann, ohne in Wortſtreitigkeiten zu gerathen und um eine paſſende Terminologie verlegen zu machen. Uebrigens iſt die Polemik gegen dieſelbe nicht neu, und wenn man Senkenberg, medit. fasc. 2. m. 1. §. 4., Hommel, Reden über Moscov. S. 357, Buddeus, in Zepernik's Abhandlungen über das Lehnrecht, Kahl, de erronea divisione dominii in directum et utile, Semler, in Zepernik's Miscellen Th. 2, S. 367, vergleicht, ſo wird man finden, daß bei dieſen Schriftſtellern ſchon dieſelben Gründe aufgeboten worden ſind, ohne daß ſie in der Doctrin und Praxis Glück gemacht haben. Daß ich ihr in Beziehung auf Beſitz nach Hofrecht beipflichte und das Verdienſt einer Berichtigung zugeſtehe, habe ich ſchon geſagt. Man darf aber auch nur wenige Colonatrechte des teutſchen Bauern, welcher, wie der Uſufructuar und Locator, in der Regel wegen jeder Veränderung der Geſtalt der Sache den Gutsherrn zu begrüßen ſchuldig war, dem Rechte des Vaſallen bei eigentlichen Lehen gleichſtellen, wenn er gleich ſo wenig vertrieben werden konnte, als ein tüchtiger Erbe und in der Regel gegen Erlegung des Handlohnes ein noch freieres Veräußerungsrecht hatte, als der Vaſall. Allein der Fehler der Gloſſatoren war nur der, daß ſie die ihnen näher liegenden eigentlichen Lehen zu ausſchließend im Auge gehabt, übrigens wohl begriffen haben. Daß dergleichen teutſchrechtliche Anſichten bei ihnen nicht ſo ſelten ſind, darüber brauche ich nur an den Spruch des Baldus zu erinnern, superioritatem inhaerere territorio, sicuti nebulam paludi. Beſonders in der jüngſt vergangenen Zeit, nachdem die durch die veränderte Art, Krieg zu führen, unnütz gewordenen Lehndienſte großentheils in Abgang gekommen ſind und vom Lehnsnexus außer Ceremonien nichts übrig geblieben, als eine Modification des Eigenthums, hat die Eintheilung eine noch größere Realität für die Phenomenenwelt, welche in praktiſchen Dingen ſtatt der Wahrheit gelten muß, gewonnen, und es wird vergeblich ſein, das Nutzeigenthum auf einen bloßen usufructus zurückführen zu wollen, der, als usufructus juris germanici, wie es Heineccius, Schilter, Möller u. ſ. w. verſucht haben, ausgezeichnet, gewiß noch eine weit ärgere Mißgeburt hervorbringt. Die Verfaſſer des badiſchen Landrechtes (Zuſatzartikel 577. a. f. und a. h.) werden alſo nicht zu tadeln ſein, daß ſie Schätze, neue Gruben und andere außerordentliche Nutzungen dem Vaſallen zugeſprochen haben.

und der Geſetzgebung es erforderlich ſcheint, den Beweis einer Behauptung beizubringen, die eigentlich keinem Zweifel unterworfen ſein kann.

Setzen wir als bekannt und feſtſtehend voraus, daß alles Eigenthum, inſonderheit das Eigenthum an beweglichen Gegenſtänden, ſeinen letzten Grund in der Arbeit findet, ſo bedarf es keiner weiteren Nachweiſung, daß dieß eben ſowohl von der eigentlichen Hervorbringung durch Arbeit, als von der Bearbeitung Niemandem angehörender Stoffe gelte, während das Eigenthum an eigenen Stoffen nothwendig eine Arbeit vorausſetzt, wenn dieſelbe auch nur in der erſten Beſitznahme beſtehen ſollte.

Daß es an materiellen Dingen eine Hervorbringung im eigentlichen Sinne nicht geben könne, iſt an ſich klar; was in dieſer Beziehung exiſtirt, iſt ſeit der Schöpfung der Welt und in Kraft der ſeitdem unveränderlich beobachteten Naturgeſetze vorhanden; das Höchſte, was dem Menſchen auf dieſem Gebiete zugeſtanden werden kann, iſt die Auffindung neuer Gegenſtände, die in den meiſten Fällen eine bloße Wiederauffindung iſt. Deſto unbeſchränkter waltet hier die Möglichkeit der Bearbeitung ob und von dem Ausſtrecken der Hand, durch welches eine reife Frucht in Beſitz genommen wird, bis zu der mühſamſten Bearbeitung eines Bergwerkes iſt der Menſch in ungezählten Formen thätig, um die Erzeugniſſe der Erde aufzuſuchen, zu vermehren, zu ſichern und ſich anzueignen. Allein außer der Arbeit, durch welche ein Gegenſtand überhaupt erſt hervorgebracht, oder geſtaltet, oder in irgend einer Form brauchbar gemacht wird, iſt noch der Wille des Menſchen erforderlich, den hergeſtellten Gegenſtand für ſich zu haben, um das Eigenthum hervorzurufen. Dieſe Nothwendigkeit iſt in der doppelten Natur des Menſchen begründet, nach welcher alle menſchliche Thätigkeit ſich nur dadurch fruchtbringend zeigt, daß die Kräfte des Geiſtes und des Körpers zuſammenwirken, um einen beſtimmten Erfolg hervorzubringen. Die höchſte geiſtige Anſtrengung, ſo lange ſie reingeiſtig bleibt, hat keinen Erfolg für die Geſellſchaft, denn ſie iſt von Geiſt zu Geiſt nicht mittheilbar, und der Körper allein iſt an ſich gar keiner Thätigkeit fähig; es bedarf des Willens, um denſelben in Thätigkeit zu ſetzen und dieſe gegenſeitige Einwirkung in ihren unzählbaren Abſtufungen bildet die Geſammtheit der menſchlichen Thätigkeiten. Wer eine Frucht bricht und ſie fallen läßt, erlangt ebenſo wenig ein Eigenthum daran, wie der, welcher ein Feld mühſam bearbeitet, wenn er dabei gar nicht den Willen hat, die Früchte ſeines Fleißes zu ernten. Hierin liegt der Grund, weßhalb nicht durch jede Arbeit Eigenthum erzeugt wird; doch iſt auch andererſeits ebenſo wenig der Wille allein ausreichend, um Eigenthum hervorzubringen, denn es kann derſelbe vorhanden, aber rechtlich unwirkſam ſein.

Die Römer kannten dieſen letzten Grund des Eigenthums, wenn ſie ſich deſſen auch nicht näher bewußt waren; ſie faßten denſelben aber in der beſtimmten Form der Beſitzergreifung, als welche alle e r ſ t e Arbeit ſich darſtellt, und, mit natürlichem Tacte ihr Recht den Bedürfniſſen anpaſſend, heben ſie das Verzeichniß der Arten, Eigenthum zu erwerben, mit der occupatio an, welche ebenſo gut, wie die specificatio, Arbeit vorausſetzt, und prüft man ihre Theorie nach den gegebenen Grundſätzen,

ſo wird man dieſelbe durchaus conſequent finden, wenn gleich ihr dominium Feierlichkeiten erheiſchte, die ſich mehr auf den Beweis, als den Begriff des Eigenthums beziehen. Daß dieſelben auch die Hervorbringung als Eigenthumsquelle kannten, geht aus ihrer Lehre über die partus der Sclaven und der Thiere hervor, während allerdings die nach der Analogie der phyſiſchen Hervorbringung zu beurtheilende geiſtige Production in ihrem Rechtsſyſteme noch keine Stelle fand, weil ſie keine Veranlaſſung hatten, ſich damit zu beſchäftigen, obſchon es bei ihnen Buchhändler gab, und nach den bekannten Epigrammen des Martial es keinem Zweifel unterliegt, daß der Autor bei dem Verkauf der Abſchriften ſeiner Werke pecuniäres Intereſſe gehabt hat.

Es liegt in der Natur der Sache, daß ein Verhältniß erſt dann für die Rechtswiſſenſchaft wichtig wird, wenn daſſelbe im Leben ſich geltend macht und mit nicht abzuweiſenden Anſprüchen ſeine Stelle in der Reihe der Dinge erkämpft. Nichts iſt daher natürlicher, als daß vom literariſchen Rechte in dem ganzen Mittelalter nicht die Rede iſt, und wenn das intereſſante Factum, welches Lamartine vor Kurzem zuerſt mittheilte, gegründet iſt, daß Dante einen Band ſeiner Werke der Bibliothek von Azerra übergab, wo derſelbe mit einer eiſernen Kette angeſchloſſen wurde, ſo möchte dabei doch nur an die Bewahrung ſeiner Anſprüche auf die Autorſchaft, nicht aber daran zu denken ſein, daß ſich der berühmte Dichter auf dieſe Weiſe den pecuniären Ertrag ſeiner Arbeit habe ſichern wollen.

Erſt nach der Erfindung der Buchdruckerkunſt, welche die mechaniſche Vervielfältigung eines Originals mit gleicher Brauchbarkeit ermöglichte, und mit der weitern Verbreitung literariſcher Bildung gewinnt auch das literariſche Recht Bedeutung, wenn gleich eine geraume Zeit verging, ehe man ſich der eigentlichen Natur deſſelben deutlich bewußt wurde. Allgemein wurde das Unrecht empfunden, welches darin lag, daß ein Unberechtigter die Früchte von der geiſtigen Anſtrengung eines Autors durch eine blos mechaniſche Handlung ſich aneignete, und bereits Luther eifert bekanntlich auf das Entſchiedenſte gegen die Nachdrucker; allein die Aufgabe blieb ungelöſt, wie dieſe neue Erſcheinung in das beſtehende Rechtsſyſtem eingepaßt und eingefügt werden könne. Die Juriſten ſtanden wohl damals ſchon, wie oft noch jetzt, dem praktiſchen Leben zu fern, als daß ſie des neuen Gegenſtandes ſich hätten bemeiſtern ſollen, und ſo finden wir, daß man die Frage nach der Natur des Rechtes auf ſich beruhen ließ, ohne doch den Schutz der Betheiligten zu verſäumen, welcher durch Verleihung von Privilegien und mehr oder weniger allgemeine poſitive Nachdrucksverbote gehandhabt wurde. Ein neuer Grund zur Verwirrung der Begriffe lag darin, daß viel ſeltner die Autoren, als die Buchhändler, welche zunächſt und am empfindlichſten durch den Unfug des Nachdruckes betroffen wurden, die Hilfe der Regierungen in Anſpruch nahmen, ſo daß weniger das Autorrecht, als das erſt aus dem Autorrechte entſpringende Verlagsrecht des geſetzlichen Schutzes bedürftig und würdig erſchien. Nur aus dieſem Umſtande und daraus, daß bei der Abfaſſung der Geſetze vorzugsweiſe Buchhändler zu Rathe gezogen wurden, iſt es

erklärlich, daß ſowohl in der ſächſiſchen als preußiſchen Geſetzgebung, weniger in der von Oeſterreich, das Verlagsrecht vor dem Rechte des Autors begünſtigt erſcheint, und daß nur durch den natürlichen Zwang der Verhältniſſe das Recht der Verfaſſer in ſeiner Geltung geblieben iſt, indem faſt beiläufig die genannten Geſetzgebungen das Recht des Autors an ſeinen Geiſteserzeugniſſen als das urſprüngliche Recht anerkennen.

Inzwiſchen hatte ſich gleichzeitig mit der größeren Bedeutung des Buchhandels auch der Nachdruck gehoben und vorzugsweiſe in Süd-teutſchland offenen Schutz und Begünſtigung gefunden, obſchon derſelbe auch in allen übrigen Staaten als Repreſſalie theils ſtillſchweigend, theils ausdrücklich geſtattet war, ſo daß ohne den glücklichen Umſtand, daß der teutſche Buchhandel ſich nach beſonderen Formen ausbildete und Anfangs in Frankfurt, dann in Leipzig einen Mittelpunkt ſuchte und fand, und daß hier in Betreff des Nachdruckes ſtrenge Juſtiz gehandhabt wurde, eine gänzliche Auflöſung und ein Zuſtand der Rechtloſigkeit eingetreten ſeyn würde, wie derſelbe bis in die neueſte Zeit in Italien geherrſcht und dieſes einſt literariſch ſo bedeutende Land um Jahrhunderte zurückge-ſetzt hat.

Gleichwohl hatte während jener Zeit, wo alle Rechtsbegriffe in Frage geſtellt wurden, auch der Nachdruck ſo mächtige Vertheidiger gewonnen, daß in der teutſchen Bundesacte nicht mehr, wie früher in den Wahl-capitulationen Kaiſer Leopold's II. und Kaiſer Franz II., vom Eigenthume der Autoren, ſondern nur noch von Rechten derſelben und vom nothwen-digen Schutz derſelben gegen den Nachdruck die Rede war.

Nach Annahme der Bundesacte gingen zwei und zwanzig Jahre vor-über, ohne daß für die Schlichtung dieſer Frage von Seiten des Bundes-tages irgend etwas von Bedeutung geſchehen wäre, da der Bundesbeſchluß vom 6. Sept. 1832, obwohl derſelbe durch die Gleichſtellung aller Un-terthanen teutſcher Bundesſtaaten für die völkerrechtliche Anerkennung des literariſchen Eigenthums von Wichtigkeit iſt, doch in Beziehung auf den Schutz deſſelben beinahe für einen Rückſchritt angeſehen werden kann, weil er dar-auf, daß in Württemberg ein geſetzlicher Schutz für das literariſche Eigenthum nicht beſtand, keine Rückſicht genommen und ſo die Schrift-ſteller aller übrigen teutſchen Länder den Plünderungen der dortigen Nach-drucker blos geſtellt hatte. Erſt durch den weiteren Beſchluß vom 2. April 1835 wurde dieſer Fehler verbeſſert, das literariſche Recht als Eigenthum ausdrücklich und bald darauf, am 5. Nov. 1835, anerkannt, daß der Nachdruck in ganz Teutſchland als durch den Beſchluß vom 2. April poſitiv verboten angeſehen werden ſolle. Ein weiterer bedeuten-der Fortſchritt geſchah durch den Bundesbeſchluß vom 9. Sept. 1837, durch welchen eine feſte Baſis für die wiſſenſchaftliche Fortbildung des literariſchen Rechtes gewonnen wurde. Es iſt der Inhalt dieſes Be-ſchluſſes ſeit deſſen Erlaß und der in den verſchiedenen Bundesſtaaten erfolgten Publication an die Stelle des gemeinen Rechtes getreten, an welches ſich die Particulargeſetzgebungen der einzelnen Länder theils ergän-zend, theils erweiternd anſchließen, und es iſt hierbei von beſonderer Wichtigkeit, daß derſelbe zwar die Eigenſchaft des Rechtes der Autoren

an den Erzeugniſſen der Kunſt und Wiſſenſchaft ausdrücklich als Eigenthum anerkennt, zugleich aber für den Rechtsſchutz deſſelben nur ein für alle Staaten verbindliches Minimum feſtſetzt und der Autonomie derſelben die weiteren Beſtimmungen ausdrücklich vorbehält. Hieraus folgt, daß da, wo der fragliche Beſchluß ohne weitere Bemerkung publicirt worden iſt, auf das literariſche und artiſtiſche Eigenthum alle Beſtimmungen Anwendung leiden, welche in dieſen Ländern für alles übrige Eigenthum gelten, und daß mithin auch die Dauer des Rechtsſchutzes ſich keineswegs auf das Minimum beſchränkt, ſondern daß auch in dieſer Beziehung dieſelben Grundſätze, welche von dem Eigenthume überhaupt gelten, auf das literariſche Eigenthum angewendet werden müſſen, da nach dem Bundesbeſchluſſe die Beſchränkung deſſelben auf das vertragsmäßig feſtgeſetzte Minimum durchaus nicht als eine nothwendige Folge der Publication erſcheint, ſondern nur die Grenze bezeichnet, bis zu welcher die Regierungen in der Beſchirmung dieſes unter den Schutz der Bundesverſammlung geſtellten Eigenthums herabgehen dürfen.

Die Publication jenes Beſchluſſes iſt aber, außer in Braunſchweig, in allen teutſchen Staaten erfolgt; in Altenburg, den Anhaltiniſchen Fürſtenthümern, Bayern, Coburg-Gotha, Heſſen-Darmſtadt, Hohenzollern-Siegmaringen, Meiningen, Naſſau, Oeſterreich, Preußen, Sachſen, Schwarzburg-Rudolſtadt, Weimar und Württemberg unter beſonderem Vorbehalt der particularen günſtigeren Geſetze, in den übrigen Staaten ohne Zuſatz, ſo daß in dieſen der Bundesbeſchluß das allgemeine Recht bildet, welches in den beſonders genannten Staaten durch die ſpeciellen Geſetzgebungen und Vollziehungsverordnungen modificirt wird.

Der mehrerwähnte Bundesbeſchluß ſetzt nun aber in fünf Artikeln folgende Beſtimmungen feſt:

Art. 1. Literariſche Erzeugniſſe aller Art, ſo wie Werke der Kunſt, ſie mögen bereits veröffentlicht ſein oder nicht, dürfen ohne Einwilligung des Urhebers oder desjenigen, welchem derſelbe ſeine Rechte an dem Originale übertragen hat, auf mechaniſchem Wege nicht vervielfältigt werden.

Art. 2. Das im Art. 1. bezeichnete Recht des Urhebers oder deſſen, der das Eigenthum des literariſchen oder artiſtiſchen Werkes erworben hat, geht auf deſſen Erben und Rechtsnachfolger über und ſoll, inſofern auf dem Werke der Herausgeber oder Verleger genannt iſt, in ſämmtlichen Bundesſtaaten mindeſtens während eines Zeitraumes von zehn Jahren anerkannt und geſchützt werden.

Dieſe Friſt von zehn Jahren iſt für die in den letztverfloſſenen zwanzig Jahren im Umfange des teutſchen Bundesgebietes erſchienenen Druckſchriften oder artiſtiſchen Erzeugniſſe vom Tage des gegenwärtigen Bundesbeſchluſſes, bei den künftig erſcheinenden Werken vom Jahre ihres Erſcheinens an, zu rechnen.

Bei den in mehreren Abtheilungen herauskommenden Werken iſt dieſe Friſt für das ganze Werk erſt von Herausgabe des letzten Bandes oder Heftes zu zählen, vorausgeſetzt, daß zwiſchen der Herausgabe der einzelnen Bände oder Hefte kein längerer als ein dreijähriger Zeitraum verfloſſen iſt.

Art. 3. Zu Gunſten von Urhebern, Herausgebern oder Verlegern von großen, mit bedeutenden Vorauslagen verbundenen Werken der Wiſſenſchaft und Kunſt (Art. 1.) wird das ausgeſprochene Minimum des Schutzes der Geſammtheit gegen den Nachdruck (Art. 2.) auch bis zu einem längeren, höchſtens zwanzigjährigen, Zeitraume ausgedehnt, und hinſichtlich derjenigen Regierungen, deren Landesgeſetzgebung dieſe verlängerte Schutzfriſt nicht ohnehin erreicht, dießfalls eine Vereinbarung am Bundestage getroffen werden, wenn die betreffende Regierung drei Jahre nach dem öffentlichen Erſcheinen des Werkes hierzu den Antrag ſtellt.

Art. 4. Dem Urheber, Verleger und Herausgeber der Originalien nachgedruckter oder nachgebildeter Werke ſteht der Anſpruch auf volle Entſchädigung zu.

Außer den in Gemäßheit der Landesgeſetze gegen den Nachdruck zu verhängenden Strafen ſoll in allen Fällen die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare, und bei Werken der Kunſt auch noch die Beſchlagnahme der zur Nachbildung gemachten Vorrichtungen, alſo der Formen, Platten, Steine u. ſ. w., ſtattfinden.

Art. 5. Der Debit aller Nachdrücke und Nachbildungen der unter 1. bezeichneten Gegenſtände, ſie mögen im teutſchen Bundesgebiete oder außerhalb deſſelben veranſtaltet ſein, ſoll in allen Bundesſtaaten, bei Vermeidung der Wegnahme und der durch die Landesgeſetze angedrohten Strafen, unterſagt ſein. Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß die Bundesregierungen, in deren Staaten bis jetzt der Nachdruck geſetzlich nicht verboten war, ſelbſt zu beſtimmen haben, ob und auf wie lange ſie im Bereiche ihrer Staaten den Vertrieb der vorräthigen, bisher erſchienenen Nachdrücke geſtatten wollen.

Der ſechſte Artikel bedingt den Nachweis der Ausführung des Beſchluſſes bei der Bundesverſammlung; ſo wie die Anzeige der in jedem Bundesſtaate beſtehenden Formalitäten für die Conſtatirung des Charakters der Originalausgaben, ingleichen des Zeitpunktes des Erſcheinens derſelben; der Schluß aber behält der Bundesverſammlung eine Reviſion des Beſchluſſes im Beginne des Jahres 1842 inſonderheit wegen Verlängerung der übereingekommenen kürzeſten Schutzfriſt ausdrücklich vor.

Als allgemeines teutſches Recht dürfen mithin ſeit Publication dieſes Beſchluſſes folgende Sätze unbeſtritten angeſehen werden. 1) Der Urheber eines literariſchen oder artiſtiſchen Werkes beſitzt ein Eigenthum an demſelben (ſ. Art. 2.). Dieſes Eigenthumsrecht kann von ihm 2) auf dritte Perſonen übertragen werden (ſ. Art. 1. und 2.); 3) es geht daſſelbe ſowohl auf die Erben und Rechtsnachfolger des Autors (ſ. Art. 2.), als auch 4) auf die Erben desjenigen über, welcher von dem Urheber das Eigenthum daran erworben hat (ſ. Art. 2.). 5) Literariſche Erzeugniſſe aller Art, ſo wie Werke der Kunſt, dürfen ohne Einwilligung des Urhebers oder deſſen, an welchen er ſeine Rechte am Original übertragen hat, auf mechaniſchem Wege nicht vervielfältigt werden (ſ. Art. 1.). 6) Dieſes Verbot gilt eben ſowohl von ſolchen Werken, welche bereits veröffentlicht waren, als von ſolchen, welche es nicht ſind (ſ. Art. 1.). 7) Eine ſolche verbotene mechaniſche Vervielfältigung heißt

Nachdruck (ſ. Art. 1., 2. und 3.). 8) Das Eigenthumsrecht des Autors an ſeinen Werken ſoll in allen teutſchen Bundesſtaaten, ſofern auf dem Werke der Herausgeber oder Verleger genannt iſt, mindeſtens während eines Zeitraumes von zehn Jahren geſchützt werden (ſ. Art. 2.). 9) Dieſe Friſt iſt für die innerhalb 20 Jahren vor Publication des Bundesbeſchluſſes erſchienenen Werke vom Tage der Publication an, für die ſpäter erſcheinenden vom Jahre ihres Erſcheinens an zu rechnen (ſ. Art. 2.). 10) Die Friſt läuft bei Werken, die in mehreren Abtheilungen erſcheinen, erſt vom Erſcheinen des letzten Bandes oder Heftes, wenn nicht ein mehr als dreijähriger Zeitraum zwiſchen der Herausgabe der einzelnen Bände oder Hefte gelegen iſt (ſ. Art. 2.). 11) Die ausgeſprochene mindeſte Schutzfriſt gegen den Nachdruck kann zu Gunſten der Urheber, Herausgeber und Verleger von großen, mit bedeutenden Vorauslagen verbundenen Werken der Wiſſenſchaft und Kunſt bis zu 20 Jahren, durch Vereinigung bei dem Bundestage, ausgedehnt werden; es iſt jedoch hierzu ein Antrag der betreffenden Regierung erforderlich, welcher binnen drei Jahren nach dem öffentlichen Erſcheinen des Werkes geſtellt werden muß (ſ. Art. 3.). 12) Den Urhebern, Herausgebern und Verlegern der Originale nachgedruckter oder nachgebildeter Werke ſteht ein Anſpruch auf volle Entſchädigung gegen die Nachdrucker zu (ſ. Art. 4.). 13) Der Nachdruck iſt nach den Landesgeſetzen zu beſtrafen (ſ. Art. 4.). 14) Außer dieſer Strafe ſoll in allen Fällen die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare und bei Werken der Kunſt auch die Beſchlagnahme der zur Nachbildung gemachten Vorrichtungen, mithin der Formen, Platten, Steine u. ſ. w., ſtattfinden (ſ. Art. 4.). 15) Auch der Debit aller Nachdrucke und Nachbildungen von Erzeugniſſen der Kunſt und Wiſſenſchaft ſoll in allen Bundesſtaaten, bei Vermeidung der Wegnahme und der durch die Landesgeſetze angedrohten Strafen, verboten ſein (ſ. Art. 5.). 16) Dieſes Verbot bezieht ſich ſowohl auf die innerhalb als außerhalb der teutſchen Bundesſtaaten veranſtalten Nachdrucke (ſ. Art. 5.). 17) In Betreff der in den Staaten, wo bis zu Erſcheinen des Bundesbeſchluſſes der Nachdruck geſetzlich nicht verboten war, vorräthigen Nachdrucke haben die Regierungen wegen Geſtattung des Vertriebes derſelben zu beſtimmen (ſ. Art. 5.).

Es leuchtet auf den erſten Blick ein, daß dieſe Beſtimmungen weder vollſtändig, noch auch nur conſequent ſind, ſo daß dieſelben der Particulargeſetzgebung überaus große Lücken zur Ergänzung darbieten. Dieß iſt bis jetzt am vollſtändigſten geſchehen durch das preußiſche Geſetz vom 17. Juni 1837, welches bis auf einen Paragraphen wörtlich in dem weimarſchen Geſetze vom 11. Januar 1839 und ſeinem weſentlichen Inhalte nach auch in dem bayerſchen Geſetze vom 15. April 1840 enthalten iſt.

Ein Verſuch unter dieſen Umſtänden und bei dem gänzlichen Mangel aller Vorarbeiten, die Principien des literariſch-artiſtiſchen Rechtes, nach den gegebenen allgemeinen und particularrechtlichen Beſtimmungen, in überſichtlicher Weiſe zuſammenzuſtellen, kann nur ein ſehr mangelhaftes Reſultat haben und nur in Vorausſetzung nachſichtigſter Beurtheilung ſoll derſelbe auf nachſtehenden Blättern gewagt werden.

I. Urſprüngliches Subject des literariſchen Eigenthums iſt derjenige, welcher eine literariſche Arbeit durch geiſtige Thätigkeit neu hervorbringt, oder einen gegebenen Stoff in einer neuen Form darſtellt, ſo daß dieſelbe als ein eigenes Geiſtesproduct anzuſehen iſt (ſ. königl. ſächſ. Mandat vom 17. Mai 1831). Daſſelbe wird in den Geſetzen bald Autor, bald Urheber oder Erzeuger genannt, und werden dieſe Ausdrücke gleichbedeutend gebraucht. Es erwirbt derſelbe an ſeinen Hervorbringungen ein vollſtändiges Eigenthum, welches in ein Obereigenthum (Proprietätsrecht, auch Autorrecht im engeren Sinne genannt) und in ein Nutzungseigenthum (gewöhnlich Verlagsrecht geheißen) zerfällt. Jenes begreift alle Rechte an der Subſtanz und wird faſt niemals veräußert, dieſes alle Rechte an den Nutzungen der literariſchen oder artiſtiſchen Erzeugniſſe. In Folge des erſteren iſt der Autor allein berechtigt, zu jeder Zeit an ſeinem Werke Veränderungen und Verbeſſerungen zu machen, auch daſſelbe nach Befinden ganz zu vernichten; in dieſem liegt das Recht, den aus einem literariſchen Erzeugniß reſultirenden materiellen Nutzen allein zu beziehen. Die Arten der Benutzung können verſchieden ſein; ſo geſchieht ſie durch mündlichen Vortrag, bei Predigten, Vorleſungen u. dergl.; durch handſchriftliche Mittheilung; durch perſönliche Darſtellung dramatiſcher Werke; durch Sehenlaſſen bei Kunſtgegenſtänden; die häufigſte aber und wichtigſte iſt die Vervielfältigung eines literariſchen oder artiſtiſchen Erzeugniſſes auf mechaniſchem Wege; durch den Druck, vorzugsweiſe literariſcher Productionen, und durch Stahl- und Kupferſtich, Lithographie, Holzſchnitt, Galvanoplaſtik u. ſ. w. bei Kunſtgegenſtänden.

Das literariſch-artiſtiſche Eigenthum kann ſowohl vollſtändig, als getheilt veräußert werden. Eine vollſtändige Veräußerung findet da ſtatt, wo ein Autor im Auftrage eines Dritten ein literariſches Werk hervorbringt und demſelben eigenthümlich überläßt; inwiefern aber, auch wenn der Autor nur ſeinen Namen als Verfaſſer nennt, der Vorbehalt ſeines Autorrechtes, wegen der engen Verbindung, in welchem die geiſtigen Productionen mit der Perſönlichkeit des Autors ſtehen, präſumirt werden muß, ſo kommt jener Fall nicht leicht in rechtlichen Betracht. Es beſtimmt jedoch das preußiſche Landrecht Th. 1, Tit. XI, §. 1021 und 1022, daß, wenn ein Verlagsbuchhändler die Idee zu einem Werke faßt und dieſelbe von einem oder mehreren Schriftſtellern nach ſeinem Auftrage ausführen läßt, ſofern nicht ein Anderes ausdrücklich und ſchriftlich bedungen, das volle Verlagsrecht dem Buchhändler vom Anfange gebühren ſoll.

Ebenſo häufig, wie die Veräußerung des Obereigenthums ſelten, iſt dagegen die Veräußerung des Nutzungseigenthums an literariſchen Erzeugniſſen. Dieſelbe geſchieht mittelſt des Verlagscontractes, durch welchen auf den Erwerber das Recht und die Pflicht übertragen wird, ein literariſches Product auf mechaniſchem Wege zu vervielfältigen und zu verbreiten, wogegen derſelbe, unter den contractlich feſtzuſetzenden Bedingungen, den Ertrag des Verkaufes der Vervielfältigungen (Exemplare genannt) zu beziehen hat.

Ein volles Eigenthum erwirbt der Verleger durch dieſen Contract nur an den auf ſeine Koſten hergeſtellten Exemplaren, ein getheiltes an

dem literariſchen Erzeugniß inſoweit, als der Autor für die Dauer des Vertrages behindert wird, ſein Werk anderweit zu vervielfältigen und zu verkaufen, wobei es beſonderer Erwähnung verdient, daß dieſe Verpflichtung des Autors unbedingt iſt, und daß derſelbe auch keineswegs berechtigt iſt, ein einzelnes Werk, während der Dauer eines darüber abgeſchloſſenen Verlagscontractes, in eine Sammlung ſeiner Werke aufzunehmen, oder aus einer Sammlung von mehreren ſelbſtſtändigen Werken ein einzelnes beſonders herauszugeben, ohne Zuſtimmung und beziehentlich Entſchädigung des betreffenden Verlegers [1]). Eine unbedingte Ausnahme von dieſer Regel geſtattet das herzogl. Sachſen-Coburg-Gothaiſche Patent vom 18. Sept. 1819, §. 5; eine beſchränkte das großherzogl. heſſiſche Geſetz vom 23. Sept. 1830, Art. 3, welches dem Verfaſſer nachläßt, Arbeiten, welche er in Werken, die aus den Beiträgen Mehrerer beſtehen, lieferte, nach 2 Jahren geſammelt herauszugeben.

Auf wie lange die Uebertragung geſchehen ſoll, hängt von dem Ermeſſen der Paciscenten ab, und kann dieſelbe für immer oder auch für eine beſtimmte Zeit erfolgen, welche letztere Art der Uebereinkunft inzwiſchen in hohem Grade mißlich und eben deßhalb ſelten iſt. Am öfterſten geſchieht die Uebertragung für eine beſtimmte Anzahl von Exemplaren, die, wenn ſie auf einmal gedruckt werden, Auflage oder Ausgabe genannt werden, jener Ausdruck von der Thätigkeit des Buchdruckers, dieſer von der des Buchhändlers hergenommen und im gewöhnlichen Leben durchaus gleichbedeutend gebraucht. Der Unterſchied, welchen das preußiſche Landrecht [2]) feſtſetzt, wonach Auflage einen unveränderten Abdruck, Ausgabe einen verbeſſerten oder doch veränderten Abdruck bezeichnet, gehört blos dem poſitiven Rechte an und wird durch die Sprache des Buchhandels nicht gerechtfertigt. Wenn durch den Verlagscontract über die Stärke der Auflage nicht beſtimmt iſt, ſo hängt die Beſtimmung derſelben in ſo weit vom Verleger ab, daß derſelbe berechtigt iſt, ſoviel davon zu drucken, als von einem Typenſatz ſich abziehen laſſen; es iſt derſelbe jedoch nicht berechtigt, das Werk ohne ausdrückliche Zuſtimmung des Autors ſtereotypiren oder ein zweites Mal ſetzen zu laſſen, als worüber die Deputirten des teutſchen Buchhandels in den Verhandlungen über ihre Vorſchläge zu Feſtſtellung des literariſchen Eigenthums in Teutſchland, welche 1834 in Leipzig gepflogen wurden, einſtimmig ſich ausgeſprochen haben.

Sofern die Uebertragung des nutzbaren Eigenthums eines Autors nicht ausdrücklich für alle oder mehrere Ausgaben auf einen Verleger übertragen worden iſt, wird präſumirt, daß die Uebertragung nur für eine Auflage geſchehen ſei, und iſt dieß in Baden, Baiern, Oeſterreich, Preußen und Sachſen-Meiningen ausdrücklich vorgeſchrieben [3]); es iſt

1) S. badenſches Landrecht §. 577, d—d, öſterreich. Geſetzbuch §. 1768, preuß. Landrecht l. c. §. 1018, herzogl. ſachſ.-mein. Verordnung v. 7. Mai 1829, Art. 6.

2) A. a. O. §. 1011. u. 1012.

3) S. badenſches Landrecht §. 577, d—e, bayerſches Geſetz von 1840, Art. 1, öſterreich. Geſetzbuch §. 1167, preuß. Landrecht l. c. §. 1014, ſachſ.-mein. Verordnung v. 7. Mai 1829, Art. 6.

12 *

aber auch dieſe Anſicht in den ſächſiſchen Gerichtshöfen angenommen [4]), und gilt dieſe Annahme zugleich als gemeinrechtlich [5]). Zuweilen die Stelle des Autors, zuweilen die des Verlegers vertritt, in Beziehung auf das literariſche Eigenthum, der Herausgeber. Das Letztere iſt der Fall bei anonymen und pſeudonymen Werken; das Erſtere da, wo die Idee eines Werkes von der Ausführung getrennt iſt, und wo die Idee des Ganzen dem Herausgeber angehören kann, während die einzelnen Beſtandtheile in dem Eigenthume ihrer Verfaſſer bleiben, oder wo die Verfaſſer ſonſt in einer beſtimmten Beziehung zu dem Herausgeber ſtehen, welche ſie nicht frei über ihr Autorrecht disponiren läßt, wie dieß bei ſolchen Werken der Fall iſt, die auf Koſten des Staates, der Akademieen und gelehrten Geſellſchaften herausgegeben werden. Bei allen dieſen Werken iſt der Autor ſo lange, als das Eigenthum des Herausgebers dauert, verhindert, über ſein Recht zu verfügen; er tritt jedoch in ſein volles Recht ein, ſobald jenes Recht aufhört, es geſchehe in Folge freiwilliger Aufgabe oder geſetzlicher Beſtimmung.

Das Eigenthumsrecht des Autors an ſeinen geiſtigen Productionen geht inſoweit, als derſelbe nicht für immer darüber disponirt hat, auf ſeine rechtmäßigen Erben über. So verordnet ausdrücklich der Bundestagsbeſchluß, ſo die Geſetze von Bayern, Coburg-Gotha, Weimar und Preußen und ſo die ſächſiſche Geſetzgebung. Es iſt inzwiſchen neuerdings die Frage angeregt worden, ob den Erben auch das Recht zugeſtanden werden könne, Veränderungen und Verbeſſerungen in den Werken ihres Erblaſſers vorzunehmen und ihre Dispoſitionsbefugniß ſoweit auszudehnen, daß ſie für berechtigt angeſehen werden, die Werke ihres Erblaſſers der Oeffentlichkeit durch Verſagung weiterer Auflagen ganz zu entziehen, oder ob dieſe Rechte, als iura personalissima mit dem Autor ſelbſt erlöſchen, ſo daß auf die Erben blos die Rechte des nutzbaren Eigenthums übergehen.

Während vielleicht die ſtrengere Meinung ſich für den Uebergang des vollſtändigen Eigenthums auf die Erben ausſprechen wird, läßt ſich mit Wahrſcheinlichkeit annehmen, daß die allgemeine Meinung ſich dagegen erklären wird, und es ſtehen dieſer letzten nicht unerhebliche Gründe zur Seite. Denn wenngleich die literariſchen und artiſtiſchen Erzeugniſſe eine reale Seite haben, vermöge welcher ſie in das Reich der Sachen eintreten und Gegenſtände des Eigenthums und Vermögens werden, ſo darf doch niemals vergeſſen werden, daß dieſe Seite die untergeordnete iſt und daß, wenngleich dem Autor ſein Eigenthum und der pecuniäre Ertrag ſeiner Arbeiten geſichert werden muß, doch zugleich in dieſen Werken ſo viel von ſeinem Perſönlichſten, ſeinem Geiſte enthalten iſt, daß dieſelben als ein Ausfluß deſſelben und als dem Bereiche fremden Einfluſſes entzogen an-

4) Cf. Hommel, rhaps. obs. 760., Kind, quaest. for. Tom. II. c. 66. ed. II.

5) S. Rößig, Handbuch des Buchhandelsrechtes S. 192, §. 42, Mittermaier, Grundſätze des gemeinen teutſchen Privatrechtes, 5. Ausg., §. 296. Kramer, die Rechte der Schriftſteller und Verleger (Heidelberg 1827), S. 160.

geſehen werden müſſen. Da ſich nun der Geiſt nicht vererbt, ſo kann auch den Erben nicht zugeſtanden werden, den geiſtigen Theil ihrer Erbſchaft einer Veränderung zu unterwerfen, denn Wieland's Werke und Herder's Ideen und Göthe's Gedichte würden unmittelbar als ſolche vernichtet, wenn deren Erben geſtattet werden ſollte, vermöge ihres Erbrechtes Veränderungen damit vorzunehmen. Es iſt mithin nicht Willkür, ſondern die Natur der Sache, welche in dieſer Beziehung den Rechten deſſelben eine Beſchränkung auferlegt, die um ſo nothwendiger iſt, weil ohne dieſelbe der Gegenſtand des Rechtes ſelbſt, an welchem ein öffentliches Intereſſe ſtattfindet, gefährdet ſein würde. Was hingegen die Veröffentlichung betrifft, ſo ſcheint der präſumtive Wille des Autors Grund genug, um die entgegenwirkende Anſicht der Erben zu paralyſiren, denn indem der Autor ein Werk veröffentlicht, giebt derſelbe deutlich genug zu erkennen, daß er den Inhalt deſſelben allgemein zugänglich wiſſen will, und ſo wenig der Erbe das Recht hat, irgend einem anderen klar ausgeſprochenen Willen ſeines Erblaſſers entgegenzutreten, ſo wenig dieſem.

Was hingegen nachgelaſſene Werke betrifft, über welche keine beſtimmte Verfügung des Autors vorhanden iſt, ſo läßt ſich nicht leugnen, daß in Beziehung auf dieſe das volle Verfügungsrecht des Erben eintritt, obgleich derſelbe dadurch in den Stand geſetzt wird, der Welt vielleicht unſchätzbare Ideen zu entziehen, die etwa ſeinen eigenen Meinungen widerſtreiten; es iſt dieß ein Uebelſtand, welcher nicht beſeitigt werden kann, wenn nicht bei Weitem bedenklichere Eingriffe in das Privateigenthum für zuläſſig erklärt werden ſollen.

II. Als Object des literariſch-artiſtiſchen Eigenthums iſt jeder in beſtimmter Form auf ſinnlich wahrnehmbare Weiſe dargeſtellte Gedanke zu betrachten. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß, was von dem einzelnen Gedanken gilt, auch von einer ganzen Reihe von Gedanken gelten muß, und theils nach den Hülfsmitteln, deren ſich der Autor zu Darſtellung ſeiner Gedanken bedient, theils nach dem Gegenſtande, auf welchen ſich dieſelben beziehen, erſcheint ſein Eigenthum daran als literariſches, artiſtiſches oder techniſches Eigenthum, als welche im Grunde in ihrem Weſen ſo wenig, als in ihren Wirkungen verſchieden ſind. Im Allgemeinen läßt ſich annehmen, daß die Darſtellung von Gedanken durch Worte oder Zahlen für literariſche Productionen ſolche durch Töne und deren Zeichen, die Noten, für muſicaliſche Werke, Linien für die Darſtellungen der zeichnenden Künſte und ebendieſelben, in Verbindung mit Farben, zu Gemälden, ſo wie in ihrer Uebertragung auf plaſtiſche Stoffe zu Sculpturen benutzt werden. Es läßt ſich aber auch denken, daß muſicaliſche Werke mit Buchſtaben geſchrieben werden, und es ſind andererſeits Buchſtaben und Worte nicht ſelten zu künſtleriſchen Darſtellungen benutzt worden, wie denn, wenn ich nicht irre, die Augsburgiſche Confeſſion als Portrait Luther's exiſtirt.

Sind die Gedanken, welche von Künſtlern und Schriftſtellern dargeſtellt werden, nicht blos durch ihre Form neu und eigenthümlich, ſondern auch neu in Rückſicht auf Combination oder Inhalt, ſo wird

ſolche Eigenſchaft dem Schrift- oder Kunſtwerke ohne alle Frage einen erhöhten Werth geben; allein dieſer Werth iſt dennoch nur ein acceſſoriſcher und nicht von der Form der Darſtellung trennbar, weshalb die Erfindung ſchon von Alters her in der Rhetorik abgehandelt wurde. Aber es giebt Erfindungen ſowohl in der Kunſt, als in der Wiſſenſchaft, deren Werth von der Form der Darſtellung durchaus unabhängig, nur durch die induſtrielle Anwendung derſelben bedingt wird, und ſolche Erfindungen bilden den Gegenſtand des technischen Eigenthums, welches, in neuerer Zeit von großer materieller Wichtigkeit, gleichwohl noch ohne alle wiſſenſchaftliche Bearbeitung geblieben iſt. Da nun ſolche Erfindungen in keinem Staate auf den Grund des dem Erfinder daran zuſtändigen Eigenthumsrechtes, ſondern im günſtigſten Falle wegen des öffentlichen Nutzens, in derſelben Weiſe, wie vor Zeiten das literariſch-artiſtiſche Eigenthum durch Privilegien, durch Patente, auf eine gemeſſene Reihe von Jahren geſchützt zu werden pflegen, ſo genügt es hier, auf die eigentliche Natur dieſes Rechtes hingewieſen zu haben.

Was hingegen die Erzeugniſſe der Literatur und Kunſt anlangt, ſo werden dieſelben ſowohl gemeinrechtlich, als in Gemäßheit der verſchiedenen Particulargeſetzgebungen, ohne einige Ausnahme als Gegenſtände des literariſch-artiſtiſchen Eigenthums anerkannt, ſofern nur entweder der Autor oder Herausgeber oder Verleger derſelben genannt ſind [6]). Im Uebrigen macht es keinen Unterſchied, ob dieſelben von dem Autor bereits veröffentlicht ſind oder nicht, und es werden in den Particulargeſetzen Manüſcripte aller Art, Predigten und mündliche Lehrvorträge, in Beziehung auf welche in früherer Zeit oftmals Zweifel erhoben worden waren, ausdrücklich als Gegenſtände dieſes Rechtes genannt [7]). Daß auch Briefe zu den Gegenſtänden gehören, welche nicht ohne ausdrückliche Zuſtimmung der Verfaſſer veröffentlicht werden dürfen, folgt in Preußen aus dem allgemeinen Verbote des Drucks von Manuſcripten aller Art und iſt in Sachſen durch gleichförmige Entſcheidung aller Inſtanzen der Juſtiz anerkannt worden [8]).

Singulaire Rechte werden den Verfaſſern ſolcher Werke, die in einer fremden Sprache geſchrieben ſind, durch das großherzoglich-heſſiſche Geſetz vom 23. September 1830 Art. 4. und durch die Geſetze von Preußen und Weimar beigelegt. Nach beiden Geſetzgebungen werden teutſche

---

6) Badiſches Landrecht §. 577, d. g. Bundesbeſchluß vom 9. Nov. 1837, Art. 2. Bayerſches Geſetz, den Schutz des Eigenthums an Erzeugniſſen der Literatur und Kunſt gegen Veröffentlichung, Nachbildung und Nachdruck betr., vom 15. April 1840, Art. II. Preußiſches Geſetz zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wiſſenſchaften und Kunſt gegen Nachdruck und Nachbildung vom 11. Juni 1837, §. 7. Weimarſches Geſetz unter gleicher Rubrik vom 11. Jan. 1839, §. 7.

7) B. G. Art. 1. Großherzogl. heſſiſches Geſetz vom 23. Sept. 1830, Art. 1. Preuß. und weimar. Geſ. §. 3. Herzogl. ſachſ.-meiningſche Verordn. v. 7. Mai 1829, Art. 5.

8) Vgl. Allg. Preßzeitung v. Jahre 1840, Nr. 67 u. 77 flg. Das ruſſiſche Geſetz vom $\frac{8}{20}$ Jan. 1830 iſt das einzige, welches den Druck von Privatbriefen ausdrücklich von der Einwilligung des Abſenders und Empfängers abhängig macht.

Ueberſetzungen ſolcher Werke, die in einer todten Sprache geſchrieben ſind, für Nachdruck erklärt werden, ſofern ſie ohne Genehmigung des Verfaſſers erſcheinen, doch werden dieſelben nach dem heſſiſchen Geſetze freigegeben, wenn nicht Verfaſſer oder Verleger ſich ſelbſt dazu bereit erklären oder ſolche länger, als zwei Jahre verzögern. Die Verfaſſer von Büchern in lebenden Sprachen ſind nach dem preußiſchen und weimariſchen Geſetze ausſchließlich berechtigt, innerhalb der erſten zwei Jahre nach dem Erſcheinen Ueberſetzungen dieſer Werke zu veranſtalten, ſofern ſie dieſes Recht bei Herausgabe des Originals ſich ausdrücklich vorbehalten [9]). In Sachſen ſollen neue Ueberſetzungen nicht eingezeichnet oder privilegirt werden, wenn ſie ſich von den früheren nicht weſentlich unterſcheiden [10]).

Es gehören hierher auch diejenigen Rechte, welche den Verfaſſern literariſch-artiſtiſcher Werke auf beſondere Arten der Benutzung zuſtändig ſind, und welche in neueſter Zeit auch in Teutſchland ausdrücklich geſetzliche Anerkennung gefunden haben. Schon ſeit dem 19. Jan. 1791 war in Frankreich durch königl. Decret beſtimmt, daß kein Theater das Recht habe, das Stück eines lebenden Autors ohne deſſen ausdrückliche und formelle Einwilligung zur Aufführung zu bringen, es mochte daſſelbe bereits durch den Druck oder auf andere Weiſe veröffentlicht ſein oder nicht; es mußte jedoch nach dem Decrete vom 30. Aug. 1792 das Recht der Vorſtellung, dem Verleger gegenüber, ausdrücklich vorbehalten werden. Nach mehrfachem Wechſel der Geſetze wurden durch das Decret vom 8. Juni 1806 die Rechte der Autoren, welche bereits durch das Geſetz vom 19. Juli 1793 auch auf die Componiſten übertragen worden waren, beſtätigt, das Verbot der Aufführung erneuert und die Beſtimmung des Honorars der freien Uebereinkunft derſelben mit den Theaterunternehmern überlaſſen. In Teutſchland wurde zwar das gleiche Bedürfniß empfunden, allein es blieb unberückſichtigt, bis gelegentlich der Verhandlungen, welche dem Bundesbeſchluß von 1837 vorausgingen, auch in dieſer Beziehung Wünſche laut wurden und ſchon damals künftigem Beſchluß vorbehalten wurden. Dieſer iſt nun am 22. April 1841 beinahe wörtlich übereinſtimmend mit den Vorſchriften, welche in den Geſetzen von Preußen und Weimar §. 32 bis 34 enthalten ſind, gefaßt und ſeitdem in den meiſten teutſchen Staaten publicirt worden. Die im teutſchen Bunde vereinigten Regierungen werden hiernach zum Schutze der inländiſchen Verfaſſer muſicaliſcher Compoſitionen und dramatiſcher Werke gegen unbefugte Aufführung und Darſtellung derſelben im Umfange des Bundesgebietes folgende Beſtimmungen zur Anwendung bringen.

1) Die öffentliche Aufführung eines dramatiſchen oder muſicaliſchen Werkes im Ganzen oder mit Abkürzungen darf nur mit Erlaubniß des Autors, ſeiner Erben oder ſonſtigen Rechtsnachfolger ſtattfinden, ſo lange das Werk nicht durch den Druck veröffentlicht worden iſt.

---

9) P. G. §. 5. W. G. ibid.
10) Reſcript vom 25. Mai 1781, §. 4.

2) Dieſes ausſchließende Recht des Autors, ſeiner Erben und ſonſtigen Rechtsnachfolger ſoll wenigſtens während zehn Jahren von der erſten rechtmäßigen Aufführung des Werkes an in ſämmtlichen Bundesſtaaten anerkannt und geſchützt werden. Hat jedoch der Autor die Aufführung ſeines Werkes irgend Jemandem, ohne Nennung ſeines Familien- oder offenkundigen Autor-Namens, geſtattet, ſo findet auch gegen Andere kein ausſchließendes Recht ſtatt.

3) Dem Autor oder deſſen Rechtsnachfolgern ſteht gegen Jeden, welcher deſſen ausſchließliches Recht durch öffentliche Aufführung eines noch nicht gedruckten dramatiſchen oder muſicaliſchen Werkes beeinträchtigt, Anſpruch auf Entſchädigung zu.

4) Die Beſtimmung dieſer letzteren und der Art, wie dieſelbe geſichert und verwirklicht werden ſoll, ſowie die Feſtſetzung der etwa noch neben dem Schadenerſatz zu leiſtenden Geldbußen, bleibt den Landesgeſetzen vorbehalten; ſtets iſt jedoch der ganze Betrag der Einnahme von jeder unbefugten Aufführung, ohne Abzug der auf dieſelbe verwendeten Koſten und ohne Unterſchied, ob das Stück allein oder in Verbindung mit einem anderen den Gegenſtand der Aufführung ausgemacht hat, in Beſchlag zu nehmen.

In Preußen und Weimar iſt die Dauer dieſes Schutzes bis zu zehn Jahren nach dem Tode des Autors erweitert, die Geldbuße auf zehn bis hundert Thaler oder, wenn ſich eine ſtehende Bühne der unbefugten Aufführung ſchuldig macht, auf Confiscation der ganzen Einnahme normirt. Von der Strafe fallen zwei Drittheile dem Autor oder ſeinem Rechtsnachfolger, ein Drittheil der Ortsarmencaſſe zu.

III. Was die Dauer des literariſch-artiſtiſchen Rechtes anbelangt, ſo iſt bereits oben die Bemerkung gemacht worden, daß in der Sache ſelbſt kein Grund liegt, eine beſchränkte Dauer deſſelben anzunehmen und daß vielmehr überall, wo das literariſche Recht als Eigenthum anerkannt iſt, mithin namentlich auch in den teutſchen Staaten, wo der Bundesbeſchluß von 1837 ohne weitere Bemerkung publicirt worden iſt, vorausgeſetzt werden muß, daß das literariſch-artiſtiſche Eigenthum ebenſo wie jedes andere Eigenthum von unbeſchränkter Dauer ſei. Ausdrücklich anerkannt iſt dieß in Sachſen, in Braunſchweig und Hannover.

Der Bundesbeſchluß von 1837 Art. 2. ſetzt, wie oben erwähnt worden, für alle literariſch-artiſtiſchen Productionen ein Minimum der Dauer von 10 Jahren nach dem Erſcheinen feſt und erſtreckt dieſen Schutz auch auf alle Werke, die 20 Jahre vor der Publication deſſelben erſchienen ſind. Dieſe Dispoſition iſt von ſehr verſchiedenem Werthe, je nachdem unter dem Erſcheinen, von dem die Schutzfriſt gerechnet werden ſoll, nur das erſte oder jedes neue Erſcheinen verſtanden wird. Dem erſten Sinne gemäß haben es alle diejenigen verſtanden, welche nicht ſchnell genug über die vor 1817 zuerſt erſchienenen Werke herfallen konnten, um davon neue Abdrücke zu veranſtalten; das zweite Verſtändniß allein iſt den Worten, den Motiven und der Praxis des Bundestages gemäß. Den Worten gemäß, weil jede neue Ausgabe ſowohl im gemeinen Leben, als von den Buchhändlern ſelbſt als Erſcheinen bezeichnet wird, wie denn

namentlich im Meßkataloge unter den „erſchienenen Büchern“ nicht blos die zuerſt erſchienenen, ſondern auch die neuen Auflagen, im Gegenſatz zu den künftig erſcheinenden Werken, zuſammengefaßt werden. Wo aber das Geſetz nicht unterſcheidet, da iſt auch bei der Anwendung nicht zu unterſcheiden. Hierzu kömmt, daß die Motiven des Bundesbeſchluſſes, ſoweit dieſelben mitgetheilt ſind, daſſelbe Reſultat ergeben. Im 3. Art. wird nämlich eine bundesgeſetzliche Verlängerung der Minimalfriſt für ſolche Werke in Ausſicht geſtellt, „die mit bedeutenden Vorauslagen verbunden ſind,“ und die Vorauslagen müſſen daher als das weſentliche Motiv des dem ſchriftſtelleriſchen Eigenthume zugeſtandenen Schutzes angeſehen werden. Dieſe Vorauslagen aber ſind bei jeder neuen Ausgabe ganz dieſelben und höchſtens pflegte ſonſt das Honorar geringer zu ſein, allein in neuerer Zeit iſt daſſelbe mit der Zahl der Ausgaben ſogar geſtiegen und können dafür die Ausgaben ſämmtlicher teutſchen Claſſiker als Beiſpiele gelten. Das Motiv findet daher bei jeder neuen Ausgabe Anwendung, und unmöglich kann denſelben der gleiche Schutz verſagt werden.

Entſcheidend iſt aber, daß auch der Bundestag ſelbſt den Beſchluß keineswegs von dem erſten Erſcheinen verſtanden, ſondern nach einer conſtanten Praxis auf ſolche Werke angewendet hat, die bereits lange vor 1817 zuerſt erſchienen waren. Es iſt nämlich die im Art. 3. zugeſagte Ausdehnung des bundesmäßigen Schutzes bis auf höchſtens 20 Jahre an die ausdrückliche Bedingung geknüpft, daß die betreffende Regierung innerhalb drei Jahren nach dem Erſcheinen bei dem Bundestage darauf anträgt. Dieſe Verlängerung nun iſt bis jetzt nur viermal bewilligt worden. Durch Beſchluß vom 23. November 1838 für Schiller's Werke; durch Beſchluß vom 4. April 1840 für die in der Cotta'ſchen Buchhandlung in den Jahren 1836 und 1837 erſchienene neue Ausgabe von Goethe's Werken in 2 Bänden; durch Beſchluß vom 22. October 1840 für die Werke von Jean Paul Friedrich Richter und durch Beſchluß vom 11. Februar 1841 für Wieland's Werke. Bei Weitem die meiſten dieſer Werke ſind vor 1817, und namentlich die von Schiller und Wieland, ſämmtlich ohne einige Ausnahme vor dieſem Jahre zuerſt, von allen aber ſind innerhalb der drei Jahre vor Ertheilung des Bundesprivilegiums neue Ausgaben erſchienen, und könnte irgend ein Zweifel in dieſer Beziehung übrig bleiben, ſo würde derſelbe durch die Namhaftmachung der zweibändigen Ausgabe von Göthe's Werken gehoben. Da nun mit dieſen Bewilligungen die beſchränkende Auslegung des Bundesbeſchluſſes auf das erſte Erſcheinen ganz unvereinbar iſt, auch die Gewohnheit der ſüdteutſchen Staaten, für jede neue Ausgabe neue Privilegien zu gewähren, die entgegengeſetzte Anſicht unterſtützt, ſo leuchtet ein, daß der Bundesbeſchluß dem literariſch-artiſtiſchen Eigenthume hinſichtlich der Dauer den ausgedehnteſten Schutz gewährt, der nur von dem ſogenannten ewigen Verlagsrechte übertroffen wird.

Auch das württembergiſche Geſetz vom 17. October 1838 hat die Faſſung des Bundesbeſchluſſes beibehalten, und irren wir nicht, ſo iſt auf Württembergs Antrag das Bundesprivilegium für Schiller's Werke ertheilt worden; es kann mithin auch Württemberg ſich der Verpflichtung

nicht entziehen, für die Vergangenheit allen Werken, die vom 1. Januar 1817 bis zum 31. December 1836 in neuen Ausgaben erſchienen ſind, und, was die Zukunft anlangt, jeder neuen Ausgabe den bundesgeſetzlichen zehnjährigen Schutz zu gewähren. Mit der einfachen Publication der Bundesbeſchlüſſe von 1832 und 1837 haben ſich ferner begnügt: Holſtein, Luxemburg, Meklenburg-Schwerin [11]), Meklenburg-Strelitz, Oldenburg, Schwarzburg-Sondershauſen, Hohenzollern-Hechingen, Liechtenſtein, Waldeck, die reußiſchen Lande älterer Linie, Schaumburg-Lippe, Heſſen-Homburg, Bremen, Frankfurt und Hamburg, welches ſchon früher der einzige Staat war, welcher die Erzeugniſſe der Literatur bis 10 Jahre nach dem Erſcheinen ſchützte [12]), wogegen die übrigen hier genannten Staaten das Privilegienſyſtem befolgten.

Weſentlich verſchieden geſtaltet ſich das Recht des literariſch-artiſtiſchen Eigenthums in den Ländern, welche die Schutzfriſt nicht nach dem Erſcheinen eines Werkes, ſondern in rationeller Weiſe nach dem Tode des Autors berechnen, und es gehören dazu alle die, welche beſondere Geſetzgebungen beſitzen. Inzwiſchen entſteht oder wird eine große Verwirrung dann entſtehen, wenn dieſe ſcheinbar langen Friſten ablaufen und hernach gleichwohl, dem Bundesbeſchluß gemäß, die neuen Ausgaben für zehn Jahre nach dem Erſcheinen geſchützt werden müſſen.

Bis zum Tode des Verfaſſers ſchützen Baden [13]), Oeſterreich [14]) und Naſſau [15]); bis ein Jahr nach deſſen Tode Hohenzollern-Siegmaringen.

Im Großherzogthum Heſſen [16]), welches im Allgemeinen bis zehn Jahre nach dem Tode des Verfaſſers und wenigſtens funfzehn Jahre nach dem Erſcheinen ſchützt, iſt außerdem vorgeſchrieben, daß, wenn ein Werk, welches unter dem Schutze der Geſetze ſteht, vergriffen iſt und die Berechtigten erklären, von ihrem ausſchließenden Verlagsrechte keinen weiteren Gebrauch machen zu wollen, die Schrift alsdann dem Gemeingut verfällt, und die Vervielfältigung derſelben, welche dann Jedem freiſteht, nicht als Nachdruck anzuſehen iſt. Daſſelbe gilt von Werken, welche vergriffen ſind, wenn nach dem Tode des Verfaſſers weder die Rechtsnachfolger deſſelben, noch der rechtmäßige Verleger oder deſſen Rechtsnachfolger auf Aufforderung eines Drittenb innen drei Jahren eine neue Auflage veranſtalten, wo dann Jedermann zur Vervielfältigung berechtigt iſt.

Bis zehn Jahre nach dem Tode des Verfaſſers ſtehen die Werke deſſelben zu Gunſten der Erben in Kurheſſen [17]) und Lübeck [18]) unter dem Schutze der Geſetze; Kinder, nicht aber Enkel und andere Erben, ſchützt Anhalt-Deſſau [19]).

---

11) Verordn. v. 14. Oct. 1832.
12) Verordn. v. 4. Juni 1828.
13) Landrecht §. 577, d. h.
14) A. B. Geſetzbuch §. 1779.
15) Geſetz vom 5. Mai 1814.
16) Geſetz vom 23. Sept. 1830.
17) Verordnung vom 16. März 1829.
18) Verordnung vom 28. Nov. 1829.
19) Verordnung vom 15. Nov. 1827, §. 3.

Im Herzogthume Sachſen = Meiningen = Hildburghauſen findet der Schutz gegen den Nachdruck während der Lebensdauer des Erfinders oder Verfaſſers und noch 20 Jahre nach dem Tode deſſelben ſtatt [20]). Dieſe Beſtimmung ſoll inzwiſchen keine Anwendung leiden auf Werke der alten und überhaupt ſolcher Schriftſteller, ſeit deren Tode mehr als 20 Jahre verſtrichen ſind. Dieſe Beſtimmung erleidet jedoch eine Modification durch das zehnjährige Minimum des Bundesbeſchluſſes für die innerhalb der letzten 20 Jahre vor deſſen Publication erſchienenen Schriften, da bei deſſen Publication die Verordnung von 1829 nur in ſo weit aufrecht erhalten worden iſt, als dieſelbe nicht durch den Bundesbeſchluß abgeändert wird, wie denn auch Meiningen noch neuerdings ſeine Zuſtimmung zu dem Schutze der Wieland'ſchen Schriften auf 20 Jahre ertheilt hat, obſchon derſelbe ſeit länger als 20 Jahren todt iſt.

Die Geſetze von Bayern, Preußen und Weimar unterſcheiden in den Beſtimmungen über die Schutzfriſt des literariſch = artiſtiſchen Eigenthums, und es gewähren das preußiſche und weimarſche Geſetz 15 Jahre, das bayerſche 30 Jahre, von der erſten Herausgabe an gerechnet, den Verlegern anonymer oder pſeudonymer Schriften; wenn jedoch innerhalb dieſer Friſt der Name des Verfaſſers von ihm ſelbſt oder ſeinen Erben vermittelſt einer neuen Auflage oder eines neuen Titelblatts bekannt gemacht wird, ſo treten beide in ihre vollen Rechte ein [21]).

Ebenfalls bis dreißig Jahre nach dem Erſcheinen ſollen nach dem bayerſchen Geſetze die Schriften, welche erſt nach dem Tode ihres Verfaſſers herausgegeben werden, und nach den Geſetzgebungen aller drei Staaten inſonderheit auch ſolche Werke Schutz genießen, die von juriſtiſchen Perſonen oder erlaubten Vereinen herausgegeben werden, und ſoll dieſe Friſt bei Werken aus mehreren, eine einzige Aufgabe behandelnden Bänden vom Erſcheinen des letzten Bandes, ſofern nicht zwiſchen dem Erſcheinen ein dreijähriger Zeitraum verſtrichen iſt, bei Sammlungen unzuſammenhängender Aufſätze vom Erſcheinen jedes Bandes an gerechnet werden.

Alle übrigen Schriften und in Preußen auch die poſthumen werden in allen drei Ländern bis dreißig Jahre nach dem Tode des Verfaſſers geſchützt [22]).

Hinſichtlich des artiſtiſchen Eigenthums treffen die Geſetzgebungen von Preußen und Weimar §. 26 folgende ſingulaire Beſtimmungen, welche ſonſt nicht vorkommen. Es unterſcheiden dieſelben nämlich, ob die Originale ſich noch im Beſitze des Künſtlers oder ſeiner Erben befinden, oder ob ſolche veräußert worden ſind. Im erſten Falle gehört denſelben das Recht der Vervielfältigung unbedingt; im zweiten Falle geht das ausſchließliche Recht gänzlich verloren, wenn der Künſtler oder ſeine Erben ſich des Kunſtwerks entäußern, ehe noch ein Anfang mit der Ver=

---

20) Landesherrliche Verordnung vom 7. Mai 1829.
21) Pr. Geſetz §. 7. Weimarſches Geſetz ibid.
22) B. Geſ. Art. III. Pr. Geſ. §. 5, 6. W. Geſ. ibid.

vielfältigung gemacht und nicht eine beſondere Verabredung deßhalb getroffen worden iſt. Wofern aber der Künſtler oder deſſen Erben ſich das Recht ausdrücklich vorbehalten oder ſolches ausdrücklich auf den Erwerber übertragen und hierüber gleichzeitig mit der Veräußerung eine Verabredung in glaubhafter Form treffen, von welcher das Curatorium der Künſte in Kenntniß zu ſetzen iſt, ſoll das ausſchließliche Recht auf Vervielfältigung und Schutz gegen Nachbildung zehn Jahre lang anerkannt werden.

Eine Ausdehnung der geſetzlichen Schutzfriſt wird dem König durch das bayerſche Geſetz Art. 4. vorbehalten, und was die in den verſchiedenen Staaten bei Publication der Geſetze bereits exiſtirenden literariſchen und artiſtiſchen Erzeugniſſe anbetrifft, ſo verordnen ſämmtliche Geſetze gleichmäßig, daß dieſelben auch zu Gunſten derſelben Anwendung leiden ſollen, ſie laſſen hingegen den Inhabern älterer Privilegien die Wahl, bei denſelben ſtehen zu bleiben, und wo das Geſetz die frühere beſtandene Schutzfriſt abkürzt, unterliegt es keinem Zweifel, daß daſſelbe auf bereits erworbene Rechte keine rückwirkende Kraft äußert, ſo fern dieß nicht ausdrücklich vorgeſchrieben iſt [23]).

IV. Rechtsmittel und Verfahren. Das literariſch-artiſtiſch-techniſche Eigenthum kann wie jedes andere Eigenthum verletzt werden, und dem Eigenthümer einer wiſſenſchaftlichen, artiſtiſchen und techniſchen Erfindung muß ſowohl die Vindication ſeines Eigenthums, als die publicianiſche Klage gegen den Nicht- oder Minderberechtigten zuſtehen. Und dieß nicht blos an dem rein körperlichen Gegenſtand, dem Manuſcript, der Zeichnung, der Partitur, welche nur die Gefäße und Träger des Inhalts ſind, ſondern auch an dem weſentlichen Gegenſtande, dem in beſtimmter Form ſinnlich wahrnehmbar dargeſtellten Gedanken. Wer möchte bezweifeln, daß ein Autor, ein Componiſt, ein Erfinder berechtigt iſt, einen Satz, eine Melodie, eine neue Verfahrungsweiſe, ſobald er dieſelbe nur als das Erzeugniß ſeines Geiſtes erweislich machen kann, von demjenigen, welcher ſich derſelben anmaßt, — nicht zurückzufordern, dieß ſchließt die Natur des Gegenſtandes aus, — wohl aber als ſeinen Gedanken, ſeine Melodie, ſeine Erfindung mittelſt der Eigenthumsklage in Anſpruch zu nehmen und den, welcher ſich derſelben widerrechtlich anmaßt, zwingen kann, dieſelben als ſein Eigenthum anzuerkennen und ſich des materiellen Gebrauchs derſelben zu enthalten? Mehr erzwingt im Weſentlichen auch der Vindicant eines Grundſtücks nicht, welcher den unbefugten Bebauer davon vertreibt; denn das Grundſtück bleibt liegen, wo es liegt, auch kann die Thatſache der widerrechtlichen Benutzung nicht ungeſchehen gemacht und eben ſo wenig der Vertriebene gehindert werden, die Erfahrungen, die er etwa bei ſeinem ungerechten Vornehmen gemacht hat, bei anderen Grundſtücken in Anwendung zu bringen. Solche Vortheile gehören zu den Merkmalen des verſchwundenen Zuſtandes, wo es noch kein Eigenthum gab, und wo alle Güter gemeinſchaftlich waren, eine Erſcheinung,

23) Allg. Preßzeit. 1841, Nr. 1—6 und Nr. 86.

welche zuerſt Göſchel [24]) in das Auge gefaßt und zur Grundlage der intereſſanteſten Beobachtungen benutzt hat.

Es kann eben ſo wenig bezweifelt werden, daß es auch Fälle geben kann, wo ein Mehrberechtigter dem Minderberechtigten gegenüber ſteht und der publicianiſchen Klage ſich bedienen kann. So z. B. wenn der Verfaſſer eine Schrift einem Schreiber für einen Dritten in die Feder dictirt, wo dieſer Dritte offenbar berechtigt ſein würde, dem Schreiber die Anmaßung des Eigenthums zu wehren, oder auch wenn der Spieler einer muſicaliſchen Compoſition ſich eines Eigenthumsrechtes, dem Verleger gegenüber, anmaßen würde.

Allein obgleich noch in neueſter Zeit in Edinburg ein Duell zwiſchen zwei Gelehrten wegen der Priorität eines mathematiſchen Satzes ſtattgefunden hat, ſo kommen doch Streitigkeiten über das literariſche Proprietätsrecht oder über das Autorrecht im engeren Sinne ſehr ſelten vor, und ſind um ſo häufiger über Eingriffe in das Benutzungsrecht. Nicht als ob jene ungerügt blieben, denn es gehören dahin die unzähligen Klagen über Plagiate, eine Art des Eingriffs in das ſchriftſtelleriſche Eigenthum, wovon eine nicht geringe Anzahl ſogenannter Schriftſteller mit ihren ebenbürtigen Verlegern faſt ausſchließlich exiſtirt; allein die Gerichte haben für dieſe Verletzung noch keine Ohren, und zum Theil enthalten allerdings auch die Geſetze ſo mangelhafte Beſtimmungen darüber, daß öffentliche Bloßſtellung das einzige Mittel iſt, zu welchem die Verletzten zu greifen genöthigt ſind.

Bedeutender ſind dagegen die Eingriffe in das nutzbare Eigenthum der Autoren, welche durch unbefugte Vervielfältigung ihrer Werke, auf mechaniſchem Wege, durch den Druck, den Kupferſtich, den Stahlſtich, Holzſchnitt, Lithographie und wie ſonſt immer zu geſchehen und unter dem allgemeinen Namen des Nachdrucks zuſammengefaßt zu werden pflegen, obſchon dazu auch Nachſtich, Nachbildung, Nachformung, Nachguß und in neueſter Zeit ſogar die Abformung auf galvanoplaſtiſchem Wege gerechnet werden müſſen.

Vervielfältigung literariſcher Erzeugniſſe aller Art, ſowie der Werke der Kunſt auf mechaniſchem Wege, ohne Zuſtimmung des Autors oder ſeiner Rechtsnachfolger, bezeichnet der Bundesbeſchluß als verbotenen Nachdruck, und mit dieſer Bezeichnung ſtimmen auch die übrigen Geſetzgebungen und namentlich die von Preußen und Weimar im Weſentlichen überein [25]).

Das coburg-gothaiſche, großherzoglich heſſiſche und ſachſen-meiningiſche Geſetz [26]) verbieten überhaupt jede Vervielfältigung, welche ohne die Einwilligung der Autoren und derer, welche von ihnen das Recht der öffentlichen Bekanntmachung und Veräußerung erlangt haben, oder deren Rechtsnachfolger geſchieht, ſo auch das ſächſiſche, welches nur noch die nähere

24) Zerſtreute Blätter aus den Hand- und Hilfsacten eines Juriſten, erſter Theil, S. 276 flg.

25) P. G. §. 2. W. Geſ. ibid.

26) S. C. G. Geſetz §. 2. H. H. G. Art. 1. H. ſ.-m. Verordn. §. 2.

Beſtimmung hinzufügt, daß die Reproduction als Nachdruck nicht zu betrachten ſein ſoll, wenn dieſelbe als ein neues Geiſtesproduct anzuſehen iſt [27]). In dem bayerſchen Geſetz wird beſtimmt, daß jede Veröffentlichung ohne Zuſtimmung des Autors, ſeiner Erben und Rechtsnachfolger, jede Nachbildung, ohne daß ein ſolches Erzeugniß zu eigenthümlicher Form umgearbeitet worden iſt, und jede Vervielfältigung auf mechaniſchem Wege verboten ſein ſoll.

Auszüge ſind ausdrücklich verboten in Coburg-Gotha, ſoweit ſie Chreſtomathien und Anthologien überſchreiten, im Großherzogthum Heſſen, ſoweit ſie als beſondere Schriften ausgegeben werden; in Sachſen und in Sachſen-Meiningen [28]) unbedingt; in Bayern jedoch nur in ſo weit, als dieſelben nicht unter der oberwähnten Ausnahme begriffen ſind oder in öffentlichen Blättern erſcheinen [29]).

Auch ſollen als Nachdruck nicht angeſehen werden.

1) nach dem meiningenſchen Geſetze die Aufnahme von einzelnen Stellen und kleineren Stücken eines größeren Werkes in größere Sammlungen, Chreſtomathien, Anthologien und dergleichen;

2) nach dem bayerſchen Geſetze die Nachbildung von Werken der Baukunſt und öffentlichen Denkmalen in ihren äußeren Umriſſen, vorbehältlich der Zuſtimmung derjenigen, deren Eigenthum zu dieſem Zweck betreten werden muß;

3) die Veröffentlichung von Druckſchriften, auf denen weder der Name des Verfaſſers, noch des Verlegers angegeben iſt;

4) die Aufnahme früher gedruckter Aufſätze und Gedichte, Zeitſchriften, Sammlungen und Chreſtomathien;

5) Der Abdruck von Gedichten, Aufſätzen und Abhandlungen in öffentlichen Blättern;

endlich nach den Geſetzen von Preußen und Weimar:

a) das wörtliche Anführen einzelner Stellen eines bereits gedruckten Werkes;

b) die Aufnahme einzelner Aufſätze und Gedichte u. ſ. w. in kritiſche und literar-hiſtoriſche Werke und in Sammlungen zum Schulgebrauch;

c) die Herausgabe von Ueberſetzungen bereits gedruckter Werke, außer in den oben namhaft gemachten Fällen.

Der Abdruck einer größeren Anzahl von Exemplaren, als zu welchen der Verleger vermöge des Verlagscontractes berechtigt iſt, wird durch das bayerſche Geſetz [30]), und die Veranſtaltung unberechtigter Ausgaben vom Verleger oder auch vom Autor wird im coburg-gothaiſchen Geſetz ausdrücklich als Nachdruck bezeichnet, wogegen in der meiningenſchen Verordnung [31]) dieſer Fall ſowohl, als derjenige, wo der Verleger

27) K. ſächſ. Erläuter.-Mandat v. 7. Mai 1831, §. 3.
28) Geſ. v. 23. Sept. 1830, Art. 5. K. ſächſ. Reſcript v. 25. Mai 1781, §. 3. Verordn. v. 7. Mai 1829, Art. 3.
29) Geſ. v. 1840, Art. 2.
30) Art. 1.
31) Art. 5.

ohne Zuſtimmung des Autors eine neue Auflage veranſtaltet, den Nachdrucksfällen nicht zugerechnet wird, ſondern blos eine Entſchädigungspflicht begründet; hingegen ſoll der neue Verleger, welcher wiſſentlich beſtehenden klaren Verlagsrechten zuwiderhandelt, als Nachdrucker angeſehen werden.

Es kann im Uebrigen nach Inhalt des Bundesbeſchluſſes von 1837, welcher alle und jede mechaniſche Vervielfältigung literariſch=artiſtiſcher Erzeugniſſe von der Einwilligung des Autors, ſeiner Erben und Rechtsnachfolger abhängig macht, keinem Zweifel unterliegen, daß, wo nicht das poſitive Geſetz ein Anderes verordnet, keine Ausnahme von der allgemeinen Regel ſtatthaft iſt, und daß auch der theilweiſe Abdruck literariſch=artiſtiſcher Erzeugniſſe für unerlaubt gehalten werden muß; ja es läßt ſich nach bundesſtaatsrechtlichen Grundſätzen bezweifeln, ob jene Ausnahmen, in ſo weit ſie das Recht des Autors beſchränken, während der zehnjährigen Schutzfriſt, die als Minimum feſtgehalten wird, überhaupt für zuläſſig gehalten werden können.

V. Was die Beſtrafung des Nachdrucks anbetrifft, ſo wird, vorbehältlich der dem Eigenthümer zukommenden vollen Entſchädigung und der in den Landesgeſetzen verhängten beſonderen Strafen, durch den Bundesbeſchluß die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare und bei Werken der Kunſt auch noch die Beſchlagnahme der zu Nachbildung gemachten Vorrichtungen, alſo der Formen, Platten, Steine u. ſ. w., unbedingt vorgeſchrieben, und iſt unter gleicher Verwarnung auch der Debit von Nachdrucken und Nachbildungen verboten.

Beſondere Strafbeſtimmungen befinden ſich nur in den bereits angezogenen Geſetzen. In Sachſen beſtehen noch immer die Vorſchriften des Mandats vom 27. Februar 1686 in Kraft [32]), wodurch der Nachdruck bei Vermeidung der Confiscation der Bücher, Sperrung der Gewölbe und nach Gelegenheit anderer ſchwerer Strafe verboten wird. Durch ein ſpäteres Geſetz [33]) wird feſtgeſetzt, daß die, welche Nachdrucke von Büchern, die von Autoren rechtmäßig erworben, oder privilegirt, oder in das Protocoll der Büchercommiſſion, an deſſen Stelle ſeit 1836 [34]) das Bücherverzeichniß des Cenſurcollegiums getreten iſt, eingezeichnet ſind, fertigen oder einbringen, mit Confiscation und Wegnahme der eingebrachten Exemplarien beſtraft oder, dafern ſolche nicht mehr zu erlangen, zur Erlegung des Werths davon angehalten, und hierüber noch in beiden Fällen zu einer Geldbuße von 50 Reichsthalern, wovon die Hälfte dem Fiscus, die andere Hälfte dem Verleger verfallen, angehalten werden ſollen [35]).

---

32) Reſcript vom 7. Juli 1798.

33) Mandat vom 18. Dec. 1773.

34) Preßpolizeiverordnung v. 13. Oct. 1836, §. 35.

35) Obgleich durch das obengenannte Reſcript vom 4. Juli 1798 ausdrücklich erklärt wird, daß zum Grunde des Verbotes des Nachdruckes hauptſächlich die redliche Erwerbung des Eigenthums an einem Buche genommen und die Schärfe der Ahndung mittelſt der Confiscation vornehmlich auf den Eingriff in das vom Autor erworbene Eigenthum eines Verlegers und nur nebenher auf die Verletzung eines erlangten Privilegii geſetzt, hierin auch durch das neuere

Diejenigen, welche ſich bei dem Verkaufe des Nachdrucks als Commiſſionairs oder Unterhändler gebrauchen laſſen, oder durch Verhehlung und ſonſt dabei Vorſchub thun, ſollen mit willkürlicher Strafe belegt werden.

Bei Weitem beſtimmter und dem Vergehen entſprechender disponiren die neueren Geſetzgebungen.

So die mehr angezogene ſachſen-meiningenſche Verordnung von 1829 [36]), welche vorſchreibt, daß ſowohl die im Lande gefertigten, als eingebrachten Nachdrucke confiscirt und zum Verkauf untauglich gemacht, der Verfertiger aber ſowohl, als der Verkäufer des Nachdrucks mit einer Geldſtrafe belegt werden ſollen, welche dem doppelten Verkaufspreiſe der weggenommenen Bücher gleichkommt, jedoch nicht unter 100 und nicht über 1000 Thlr. anſteigen ſoll. Außerdem iſt der Nachdrucker dem Verfaſſer und Verleger zu einer Entſchädigung verbunden, welche dem Verkaufswerthe der ganzen Auflage des Nachdrucks gleichkommt und zur Hälfte dem Verfaſſer, zur Hälfte dem Verleger gehört.

Das coburg-gothaiſche Patent [37]) verordnet für Nachdruck und Nachdrucksvertrieb Confiscation, Vernichtung und Schadenerſatz. Der letztere ſoll nach dem Verhältniß des Werthes der rechtmäßigen Ausgabe bemeſſen und, wenn ſich bei der Ermittelung Schwierigkeiten ergeben, dem Verkaufspreiſe von 500 Exemplaren der nachgedruckten Schrift gleichgeſetzt werden. Außerdem tritt eine Geldſtrafe von 10 bis 100 Thlr. und im Wiederholungsfalle Entziehung der Gewerbsbefugniß, auch nach Befinden die Strafe des Betrugs ein, wenn ſich der Nachdrucker des Namens des Verfaſſers oder Verlegers bedient hat.

Das großherzoglich heſſiſche Geſetz [38]) beſtraft den Nachdrucker ebenfalls mit Confiscation und Vernichtung der nachgedruckten Exemplare, ſo wie der Platten oder Matrizen der nachgeſtochenen Gegenſtände, insgleichen mit einer Geldbuße, welche dem Originalladenpreis von 100 bis 1000 Exemplaren gleichkommt. Der Schadenerſatz an den Verleger ſoll ebenfalls dem Ladenpreis von 500 Exemplaren der Originalausgabe gleichkommen, außerdem aber dem Verfaſſer ein Honorar von funfzehn Gulden für den Bogen, nach der Bogenzahl der rechtmäßigen Ausgabe, geleiſtet werden. Der Erweis größeren Schadens wird nachgelaſſen, er fällt ganz weg, wenn der Nachdrucker die Nichtexiſtenz beweiſen kann, und bei Inſufficienz geht der Schadenerſatz der Strafe vor.

Wer mit Nachdruck handelt oder den Vertrieb befördert, ſoll neben Confiscation und Vernichtung mit einer Geldſtrafe an Betrag von 40

Mandat keine Abänderung habe getroffen werden ſollen, überdieß durch das Mandat vom 17. Mai 1831 das Geſetz von 1773 ausdrücklich als zum Schutz der Verfaſſer und Verleger ertheilt bezeichnet wird, ſo iſt doch neuerdings vom königl. ſächſ. Oberappellationsgerichte entſchieden worden, daß die Strafbeſtimmungen des Mandates von 1773 nur zum Schutz der Verleger und nicht der Autoren, von welchen ſie ihre Rechte als redlich erworben beweiſen müſſen, gegeben ſeien.

36) Art. 11 und 12.

37) §. 9—11.

38) Art. 11—13.

bis 200 Exemplaren der Originalausgabe beſtraft werden; im Wiederholungsfalle tritt Entziehung der Gewerbsconceſſion ein.

Das bayerſche Geſetz [39]) ſetzt, unter ſolidariſcher Verpflichtung des Nachdruckers und des Verkäufers und unter Vorbehalt der ſonſt eintretenden ſtrafgeſetzlichen Beſtimmungen für den Fall der Nichtzahlungsfähigkeit, eine Geldſtrafe von 50 bis 1000 Fl. feſt; außerdem ſollen die vorräthigen Exemplare mit Beſchlag belegt und nach vorgängigem rechtskräftigen Erkenntniß confiscirt und vernichtet werden, ſofern nicht der Beſchädigte deren Ueberlaſſung, gegen Gewähr der erweislich verwendeten Auslagen, in Anſpruch nimmt.

In ſolchen Fällen, wo die Vervielfältigung durch ein bleibendes ausſchließlich zu dieſem Zwecke brauchbares Mittel bewerkſtelligt wird, ſoll auch die Beſchlagnahme und Confiscation der zur Nachbildung gemachten Vorrichtungen, der Formen, der Platten, Steine u. ſ. w. erfolgen und damit wie mit den weggenommenen Exemplaren verfahren werden.

Der Betrag der Entſchädigung iſt nach allgemeinen geſetzlichen Beſtimmungen zu ermitteln; ſofern jedoch die widerrechtliche Veröffentlichung durch Vervielfältigung auf mechaniſchem Wege geſchehen iſt, ſo ſoll, wenn der Berechtigte nicht einen höheren Schaden nachzuweiſen vermag, der Betrag nach Beſchaffenheit der Umſtände auf eine dem Verkaufswerthe von 50 bis 1000 Exemplaren der Originalausgabe gleichkommende Summe gerichtlich feſtgeſetzt werden.

In ähnlicher Weiſe wird nach den preußiſchen und weimarſchen Geſetzen [40]) der Nachdrucker mit Confiscation der vorräthigen Exemplare und einer Geldſtrafe von 50 bis 1000 Thlr. bedroht.

Bei Feſtſetzung der Entſchädigung wird unterſchieden, ob das Werk von dem Berechtigten bereits ausgegeben war oder nicht, und ſoll im erſten Falle die Entſchädigung nach Höhe des Verkaufswerthes von 50 bis 1000 Exemplaren der rechtmäßigen Ausgabe, vorbehältlich des Erweiſes eines höheren Schadens, feſtgeſetzt werden. Auch nach preußiſchem Rechte iſt der Verkäufer, deſſen Strafe nach denſelben Grundſätzen bemeſſen wird, dem Beeinträchtigten ſolidariſch mit dem Nachdrucker zur Entſchädigung gehalten, und auch hier ſollen die confiscirten Exemplare der unrechtmäßigen Ausgabe vernichtet werden, wenn nicht der Beſchädigte vorzieht, dieſelben, gegen Erſatz des Aufwandes, zu übernehmen.

Aus den übereinſtimmenden Vorſchriften der ſämmtlichen Geſetzgebungen geht hervor, daß der Nachdruck von denſelben als ein widerrechtlicher Eingriff in fremdes Eigenthum und mithin als ein wirkliches Vergehen angeſehen wird, welches nach Anſicht des preußiſchen Geſetzes [41]) vollendet iſt, ſobald Exemplare eines Buches vorgefunden werden, welche den Vorſchriften des Geſetzes zuwider angefertigt worden ſind. In völliger Conſequenz wird deßhalb den Beſchädigten außer der Klage auf Schadenerſatz auch das Recht zugeſtanden, polizeiliche Einſchreitung zu

39) Art. 6—8.
40) §. 10.
41) §. 14.

verlangen; es tritt jedoch in allen teutſchen Ländern, mit alleiniger Ausnahme von Coburg-Gotha, Unterſuchung und Beſtrafung nur auf Inſtanz des Verletzten ein, wohingegen auf die einmal eingeleitete Unterſuchung die Renunciation des Denuncianten ohne Einfluß bleibt. In Coburg-Gotha [42]) werden die Cenſurbehörden angewieſen, nicht nur den Druck ſolcher Schriften, welche ſie für Nachdruck erkennen, ingleichen den Druck von Ankündigungen und Verkaufsanzeigen von Nachdruck nicht zu geſtatten, ſondern auch von allem zu ihrer Kenntniß kommenden Nachdruck oder von Ankündigung verkäuflichen Nachdrucks den Landesregierungen ſofort Anzeige zu thun, damit von denſelben die erforderlichen Vorkehrungen dagegen von Amtswegen getroffen werden können. Dieſe polizeiliche Einſchreitung beſchränkt ſich in Sachſen [43]) auf die proviſoriſche Beſchlagnahme der Nachdrucke; in Bayern [44]) iſt auf Antrag des Verletzten das Unterſuchungsverfahren nach den allgemeinen, für das Verfahren der Polizeibehörden überhaupt geltenden Geſetzbeſtimmungen zu führen, und leiden inſonderheit in den Kreiſen dieſſeit des Rheines die hinſichtlich des Beweiſes von Vergehen ſtattfindenden Vorſchriften des Strafgeſetzbuches auf den Nachdruck Anwendung. Renunciation findet nach einmal angebrachter Anzeige nur in Rückſicht auf die Entſchädigung ſtatt.

Competent ſind in den Provinzen dieſſeit des Rheines die Diſtricts-Polizeibehörden in erſter, die Kreisregierungen und ſtandesherrlichen Juſtizcanzleien in zweiter und der Staatsrathausſchuß in dritter Inſtanz, auch ſind die Erkenntniſſe, ſoweit der Mitglieder Zahl es zuläßt, in collegialer Form zu ſchöpfen. Jenſeit des Rheines bilden die Friedensgerichte die erſte, die Bezirksgerichte die zweite Inſtanz, und wo es die Formen des Proceſſes geſtatten, bleibt auch die Berufung auf den Caſſationshof vorbehalten.

Auch in Preußen und Weimar [45]) iſt die gerichtliche Unterſuchung nur auf Antrag des Verletzten einzuleiten; es kann jedoch derſelbe vom Autor geſtellt werden, wenn derſelbe ein vom Verleger verſchiedenes Intereſſe hat, und dieſer es unterläßt. Auch hier iſt nach eingeleiteter Unterſuchung keine Zurücknahme geſtattet.

Eine ſingulaire Vorſchrift, welche vom günſtigſten Einfluſſe iſt, findet ſich im preußiſchen Geſetze [46]), welches verordnet, daß, wenn der Richter zweifelhaft eines unerlaubten Nachdrucks oder einer Nachbildung oder auch über den Betrag der feſtzuſetzenden Entſchädigung ungewiß iſt, derſelbe über dieſe Fragen das Gutachten eines Vereines von Sachverſtändigen einzuholen und auf den Grund dieſes Gutachtens zu entſcheiden hat. Zu dieſem Ende ſind bei dem Miniſterium des Inneren aus Autoren, Künſtlern, Kunſtkennern, Buch-, Muſikalien- und Kunſthändlern drei Vereine gebildet, und durch dieſelben bereits mehrere der ſchwie-

---

42) §. 13.
43) Preßpolizeiverordn. v. 13. Oct. 1836.
44) Art. 4 und 5.
45) §. 15.
46) §. 17 und 31.

rigſten Fragen des literariſch-artiſtiſchen Rechts angeregt und auf das Befriedigendſte gelöſt worden.

Noch iſt als eine Beſchränkung des Schutzes, welcher den Erzeugniſſen der Kunſt und Wiſſenſchaft durch die beſtehenden Geſetzgebungen gewährt wird, zu erwähnen, daß zwar das bundesgeſetzliche Minimum in Folge des Beſchluſſes vom 6. September 1832 den Unterthanen aller Bundesſtaaten gewährt werden muß, die größeren Begünſtigungen hingegen durch das bayerſche Geſetz [47]) und durch das preußiſche Geſetz [48]) an die Bedingung gebunden ſind, daß die in Bayern und Preußen erſchienenen Werke im Auslande den gleichen Schutz genießen, weßhalb die Reciprocität in jedem einzelnen Falle von dem Anſuchenden erwieſen werden muß.

Sachſen-Meiningen erſtreckt den Schutz ſeiner Verordnung nur auf ſolche Verfaſſer und Verleger, mit deren Landesregierungen Reciprocitätsverträge beſtehen; auch das Königreich Sachſen und das Großherzogthum Heſſen machen die Gewährung prompten Rechtsſchutzes von dem Erweis der Gegenſeitigkeit abhängig, und nur Weimar bezieht die Bedingung gegenſeitigen Schutzes blos auf außerteutſche Staaten [49]). Es iſt aber dieſe Bedingung um ſo wichtiger, als die Regierung von Württemberg einen Grund gegen längere Schutzfriſten auf die irrige Vorausſetzung baute, als ob deſſen ungeachtet die württembergiſchen Verlagsartikel im Auslande den etwa dort ſtattfindenden Schutz zu genießen haben würden.

Es kann auch bei einem nur flüchtigen Ueberblicke Niemandem entgehen, wie mangelhaft ein ſo wichtiges Recht zur Zeit geſchützt iſt und welche Lücken auch die vollſtändigſten und beſten Geſetze noch darbieten, obſchon dieß weniger die Schuld der Geſetzgeber, als die der Wiſſenſchaft iſt, welche dieſes Feld faſt ganz unangebaut gelaſſen hat.

VI. Ausländiſche Geſetzgebungen. Auch dürfte es kaum einen Troſt gewähren, daß die ausländiſchen Geſetzgebungen größtentheils einen noch unvollkommneren Schutz gewähren, als in Teutſchland gefunden wird, oder doch bei größerer Bereitwilligkeit der Gerichtshöfe gefunden werden könnte.

Bei weitem die vorgeſchrittenſte iſt die franzöſiſche, die bis zum Jahre 1789 die unbeſchränkte Dauer des literariſchen Eigenthums anerkannte, dann dieſelbe abſchaffte und gegenwärtig die Erzeugniſſe der Kunſt und Literatur bis 20 Jahre nach dem Tode der Autoren gegen jede Art von Nachbildung ſchützt [50]). Längſt iſt jedoch die Unzulänglichkeit dieſer Schutzfriſt anerkannt, und nachdem dieſer Gegenſtand von mehreren Commiſſionen berathen worden iſt, wurde noch vor Kurzem den Kammern ein Geſetzentwurf vorgelegt, welcher dieſe Friſt zwar nur bis zum 30. Jahre nach des Urhebers Tode ausdehnt, ſonſt aber durch

---

47) Art. 12.
48) §. 38.
49) §. 38.
50) Decret vom 5. Febr. 1840.

ſeine Vollſtändigkeit und Conſequenz ſo große Verdienſte hatte, daß die Verwerfung deſſelben im Intereſſe des literariſchen Rechtes im allgemeinen wahrhaft zu beklagen iſt. Gleichen Schutz mit Frankreich gewährt auch das niederländiſche Geſetz [51]), dieſen jedoch ohne Erfolg für Belgiens eigene Literatur, welche durch die Begünſtigung ausländiſchen Nachdrucks nach dem eigenen Geſtändniſſe der Regierung zu keinem gedeihlichen Leben gelangt.

In England war früher, nach dem berühmten Ausſpruche des Hauſes der Lords von 1774 in Sachen Donaldſon contra Becket, ebenfalls die beſtändige Dauer des literariſchen Eigenthums anerkannt, allein es entbehrte des genügenden Schutzes, und dieſer wurde durch das Statut vom Jahre VIII der Königin Anna (1710) dem Verlagsrechte auf 14 Jahre nach dem Erſcheinen zugeſtanden, auch dieſer Schutz im Jahre 1735 [52]) auf die Production der Zeichnenkunſt und des Kupferſtichs ausgedehnt, ſo wie durch die wichtige Acte aus dem 54. Regierungsjahre Georg's III. [53]) eine Verdoppelung dieſer Friſt und eine weitere Verlängerung bis zum Tode des Autors nachgelaſſen.

Dieſe Beſtimmungen ſind noch jetzt in Kraft, und ein Geſetzvorſchlag des Sergeant Palfourd, welcher beabſichtigte, die Schutzfriſt bis 60 Jahre nach dem Erſcheinen auszudehnen, iſt bereits zum vierten Male vom Parlamente verworfen, hingegen die Regierung durch ein Geſetz vom 31. Juli 1838 ermächtigt worden, Reciprocitätsverträge mit fremden Staaten wegen des Schutzes literariſcher Erzeugniſſe gegen den Nachdruck einzugehen.

Nordamerika hat in ſeinem Geſetze vom 3. Februar 1831 ſich ganz den engliſchen Grundſätzen angeſchloſſen; allein auch dort iſt bereits das Bedürfniß nach erweitertem Schutze und nach völkerrechtlicher Anerkennung des literariſchen Eigenthums laut geworden.

In Norwegen und Schweden iſt der Wiederabdruck literariſcher Productionen geſtattet, ſobald 20 Jahre lang keine Originalausgabe erſchienen iſt; in Dänemark ſteht das literariſche Eigenthum bereits ſeit dem Jahre 1741 unter dem Schutz des Geſetzes, welcher durch eine Verordnung vom 7. November 1828 auch auf ausländiſche Schriften, unter Vorausſetzung der Gegenſeitigkeit, ſo wie im Jahre 1838 auf Erzeugniſſe der Kunſt ſich erſtreckt. Rußland beſitzt ein ſehr wohl ausgearbeitetes Geſetz vom $\frac{8}{20}$. Januar 1830, welches zugleich auf Landkarten, Tabellen und ähnliche Gegenſtände, nicht aber auf die Productionen der Kunſt Anwendung leidet. Die Schutzfriſt dauert bis 25 Jahre nach dem Tode des Autors, und wird für eine neue Ausgabe, die innerhalb fünf Jahren vor Ablauf dieſer Friſt erſcheint, noch um 10 Jahre verlängert. In Italien liegt die Geſetzgebung über das literariſche Recht noch im Argen, doch enthält das Geſetzbuch des Königreichs beider Sicilien vom 1. September 1819 im 323. Art. des 4. Buches einige Strafbeſtimmungen gegen die Ver-

51) Geſetz vom 25. Januar 1817.
52) Statut vom Jahre VIII des Königs Georg II.
53) Acte vom 29. Juli 1814, Cap. 156.

letzungen des literariſch-artiſtiſchen Eigenthums. Eben ſo erkennt der ſardiniſche Codes vom 20. Juni 1837 im 440. Artikel das Eigenthumsrecht der Verfaſſer an den Erzeugniſſen ihres Geiſtes an, allein nach einem Patent vom 20. Februar 1826 exiſtiren nur Privilegien für ſolche Werke, die der König derſelben würdig achtet. Die Strenge der Cenſur, die gänzliche Abſperrung faſt aller italieniſchen Staaten gegen ausländiſche Literatur, ſo wie die Geſtattung des Nachdrucks in den einzelnen Staaten haben inzwiſchen jeden bemerkbaren Einfluß dieſer Beſtimmungen auf die Literatur verhindert. Von um ſo größerer Wichtigkeit iſt der Staatsvertrag zwiſchen Oeſterreich und Sardinien vom 22. Mai 1840, dem ſpäter Toscana, der Kirchenſtaat und Neapel beigetreten ſind, und durch welchen Gegenſeitigkeit der Anerkennung des literariſch-artiſtiſchen Eigenthums für einen Zeitraum von 30 Jahren nach dem Tode des Autors ſtipulirt wird.

Die Literatur dieſes Theils der Wiſſenſchaft iſt mehr der Zahl, als dem Gehalte nach von Wichtigkeit; ſie iſt bis zum Jahre 1804 in *Röſſig's* Handbuch des Buchhandelsrechts vollſtändig enthalten; die neuere wird in J. J. *Weber's* bibliographiſchem Jahrbuch ſo regelmäßig mitgetheilt, daß jede Wiederholung überflüſſig ſein würde.

S.

Fahndung. Unter Fahndung[1]) verſteht man *alle Arten* von *Thätigkeit des Inquirenten*, wodurch derſelbe Subjecte oder *Objecte* einer verbrecheriſchen That *auszukundſchaften* und ſeiner geſetzlichen *Verfügungsgewalt* zu *unterwerfen* ſucht.

Das Wort ſelbſt iſt zwar ſchon ſehr lange in den Gerichtsgebrauch der ſüdteutſchen Behörden übergegangen und hat auch nachweisbar eine gute ſprachliche Wurzel[2]); gleichwohl bedarf es der näheren Begründung für Nordteutſchland, indem es dort noch keine officielle Giltigkeit erlangt hat.

Fahnden kommt von „*fahen*" her, und da dieſes letztere Wort ſo viel iſt als „faſſen, ergreifen," ſo bedeutet das erſtere nichts Anderes,

---

1) Daß die *Beibringung des Thäters* zu den *wichtigſten* Strafprozeßhandlungen gehöre, wird wohl von keinem Sachkenner bezweifelt werden. Dennoch iſt dieſe Lehre bisher nur ſtiefmütterlich behandelt worden, und es iſt keine einzige Monographie darüber vorhanden. *Stübel* hat in ſeinem verdienſtlichen Werke: das Criminalverfahren in teutſchen Gerichten (Leipzig 1811), §. 1509—1661, noch das Ausführlichſte gegeben; aber das Material iſt leider unter einen unrichtigen Geſichtspunkt gebracht, indem als Hauptbegriff die *Vorladung* vorangeſtellt iſt, „als diejenige Handlung des Richters, wodurch er bewirken will, daß Jemand in einer Prozeßſache, wegen einer gerichtlichen Handlung, vor Gericht erſcheine." Der Steckbrief, die Hausſuchung und die Nacheile paſſen aber gewiß nicht unter den Begriff der eigentlichen Vorladung, nämlich des unmittelbar inſinuirten Erſcheinungsbefehles.

2) Von *fahen*, faſſen; nach v. *Schmid*, ſchwäbiſches Wörterbuch (Stuttgart 1831), ſo viel, wie: auf eine *Sache*, auf einen *Menſchen* ausgehen, um deſſelben habhaft zu werden. Im Latein. von ähnlicher Bedeutung: capessere. S. v. *Jagemann*, Handbuch der gerichtlichen Unterſuchungskunde Bd. 1 (Frankfurt 1838), §. 60.

als: „ſich bemühen, Anſtalt treffen, um einen Gegenſtand ergreifen (fahen) zu können.“ Faſt alle Thätigkeit des Richters, in ſo weit ſie ſich über die Verhörſtube hinaus erſtreckt und in ſo weit ſie nicht unmittelbare Wahrnehmung (Augenſchein) iſt, fällt mithin unter den Begriff der Fahndung, d. h. ſie iſt ein Streben, die verdächtigen oder angeklagten Perſonen aufzuſpüren und dem Gerichtszwange zu unterwerfen [3]), ſo wie auch Gegenſtände, woran oder womit das Verbrechen verübt wurde, zu entdecken und herbeizuſchaffen.

Ein anderes Wort, welches denſelben Kreis von Amtshandlungen, denſelben Umfang inquiſitoriſcher Maßregeln gleich deutlich und bündig bezeichnet, iſt in der hochteutſchen Sprache nicht bekannt, und doch ſcheint viel damit gewonnen, wenn man in einem Worte ausdrücken kann, was man häufig in der Lage iſt, collectiv [4]) erwähnen zu müſſen.

Es ergibt ſich hieraus, daß auch die Criminalpolizei ganz oder theilweiſe, je nachdem man blos die Nachforſchungen des Inquirenten oder zugleich auch die ſeiner polizeilichen Hilfsbeamten darunter verſteht, mit zur Fahndung [5]) gehöre.

Im franzöſiſchen oder Anklageprozeſſe beſchränkt ſich der Unterſuchungsrichter [6]) ganz einfach auf die ihm von der Staatsbehörde oder dem Angeklagten an Handen gegebenen Materialien und angedeuteten Nachforſchungen; wogegen der teutſche Unterſuchungsrichter, dem Inquiſitionsprincipe gemäß, ſelbſt erwägen und auskundſchaften muß [7]), was irgend zum Criminalbeweiſe führen könnte. Sein Amt erfordert daher offenbar weit mehr ſelbſtſtändiges Urtheil, weit mehr Combinationsgeiſt, ja auch eine tiefere Einſicht in das Weſen des Verbrechens im allgemeinen und im beſonderen, als jenes des franzöſiſchen Inſtructionsrichters; aber im Gefolge dieſer Amtsverrichtungen ſtehen auch vielerlei Nachtheile, welche das Geſchäft ſehr verdrießlich machen können.

Während die franzöſiſche police judiciaire [8]) von den eigentlichen

---

3) Manche tragen auch das hierher Gehörige unter dem Titel: Maßregeln gegen den nicht anweſenden Angeſchuldigten, oder: Mittel, um die Stellung eines Flüchtigen oder Abweſenden vor Gericht zu bewirken, vor; ſ. Abegg, Lehrbuch des Criminalprozeſſes (Königsberg 1833), §. 81—87. Zachariä, Grundlinien des Criminalprozeſſes (Göttingen 1837), §. 105—111.

4) Wenn es auch gelingen möchte, ein anderes, alle Schritte zur Ergreifung der Perſonen umfaſſendes Wort aufzufinden, ſo wird doch keines, wie Fahndung, zugleich das Ausgehen auf Sachen bezeichnen.

5) Im weiteſten Sinne wird auch die Auskundſchaftung neuer Indicien und Zeugen dazu gezählt werden dürfen. — Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 619 flg.

6) Duverger, Manuel des juges d'instruction. (Paris 1839.) T. I. p. 228—336.

7) Martin, Lehrbuch des Criminalproz. (Heidelberg 1836), §. 54: Das (teutſche) peinliche Gericht iſt ſtets zu einer poſitiven Thätigkeit verpflichtet, daher daſſelbe in allem peinlichen Verfahren eigentlich allein als das nothwendig thätige Subject betrachtet werden kann.

8) v. Jagemann, Vorſchläge zur Berichtigung der Anſichten über die Polizei; in Rau's Archiv der polit. Oekonomie und der Polizeiwiſſenſchaft Bd. 3, S. 362—386, beſ. S. 381.

Polizeibehörden, denen nirgends feſte Grenzen und unverrückbare Formen vorgezeichnet ſind, ausgeübt wird, während alſo dort Beamte ſind, die nicht nur präventiv, ſondern auch repreſſiv gegen die Geſetzesübertretung mitwirken und das Meiſte zur Entdeckung und Beiſchaffung der Ueberführungsmittel beitragen, während dort dieſe Behörden auch das gehäſſige Licht auf ſich nehmen, welches gewaltſame Eingriffe in die Sphäre bürgerlicher Freiheit ſo leicht mit ſich bringt, iſt der teutſche Inquirent größtentheils ganz auf ſein eigenes Ermeſſen und zugleich auf das Riſico geſtellt, die Unzufriedenheit der Regierung oder des Publicums auf ſich zu ziehen [9]). Verhaftungen und Hausſuchungen, und alle damit im Zuſammenhange ſtehenden Maßregeln, darf nur er, der Inquirent, anordnen, und er muß daher meiſtens damit beginnen, womit die franzöſiſche Polizei ihre vorbereitende Thätigkeit beendigt.

Je mehr daher das Wort Fahndung dem teutſchen Idiom ſich anſchließt, um ſo paſſender dürfte es ſein, damit die Verfolgungen zu bezeichnen, die der Unterſuchungsrichter nach dem Inquiſitionsprincip anzuſtellen hat. Einer feſten Begründung dieſer Lehre bedarf es gerade jetzt ſehr nothwendig, weil die teutſchen Unterſuchungsrichter durch eine Maſſe moderner Geſetze, in welchen jeder, auch der leiſeſte Uebergriff über die zuerkannte Gewalt als ein neues Verbrechen, als ein Amtsmißbrauch charakteriſirt wird, wahrhaft eingeſchüchtert ſind [10]). Früher wußte man nicht anders, als daß alle Verſtöße gegen die Prozeßregeln nur mit Verweis oder Ordnungsſtrafe im Disciplinarwege belegt wurden, und nur dann konnte eine Criminalunterſuchung gegen einen Staatsbeamten verhängt werden, wenn ihm eine entſchiedene Böswilligkeit oder eigennützige Abſicht nachgewieſen ward; jetzt iſt es aber anders geworden: die neue teutſche Strafgeſetzgebung erklärt jede Verletzung der bürgerlichen Freiheit, ſei ſie auch nur aus Unverſtand, Leichtſinn oder übertriebenem Eifer hervorgegangen, für ein Criminalverbrechen [11]), mithin für eine Handlung, die ſo gut, wie das

---

9) Man vgl. z. B. nur das württembergiſche Strafgeſetzbuch, Art. 428: Unterſuchungsbeamte, welche ihren Amtspflichten zuwider eine ihnen obliegende Unterſuchung nicht vornehmen, ſollen mit dem Verluſte der bürgerlichen Ehren- und der Dienſtrechte, in leichteren Fällen mit Dienſtentlaſſung beſtraft werden, und Art. 430: Unterſuchungsbeamte, welche aus grober Fahrläſſigkeit ohne geſetzlichen Grund eine Verhaftung oder Hausſuchung vornehmen, ſind, auf Klage des Bethätigten, mit Geldſtrafe von 15 bis 100 fl. zu belegen. — In welches ſchreckbare Dilemma kann man hier gerathen!

10) In einer Zeit, wo man ſo viel von Verwirklichung des Gerechtigkeitsprincipes reden hört, iſt es unbegreiflich, wie man ſo ungerecht ſein kann, dem Stande der Inquirenten die Fehler büßen zu laſſen, die an dem teutſchen Prozeßſyſteme erkannt werden. Man bedroht jene mit Strafen, um dieſem das kümmerliche Daſein zu friſten. S. v. Jagemann, über die Mittel zur Unterdrückung der Mißbräuche der Unterſuchungsbeamten (Karlsruhe 1839), S. 44—48.

11) Im badiſchen Strafgeſetzentwurfe waren die Strafen gegen den Unterſuchungsrichter auf die Fälle gedroht, daß er „ohne geſetzlichen Grund“ Jemanden in Unterſuchung ziehe, der Verhaftung oder Hausſuchung unterwerfe

Verbrechen, mit dem ſich der fehlende Inquirent gerade befaßte, ſo gut, wie jede Tödtung, Entwendung, Fälſchung, Brandlegung oder Hochverrätherei, einen Anklageſtand, ein peinliches Verhör und ſolennes Urtheil zur Folge haben muß.

In dieſer Lage der Dinge wäre gewiß nichts wünſchenswerther, als eine eben ſo präciſe Redaction der Prozeßgeſetze, die Aufſtellung beſtimmter Regeln, nach denen der mit Fahndungen beauftragte Richter zu verfahren hat. Aber gerade daran fehlt es zur Zeit noch überall; der Inquirent hat alſo nur in einem Puncte Sicherheit, nämlich darin, daß er wegen jeder Anklage eines Gewaltübergriffs zur Verantwortung gezogen, d. i. auf dieſelbe Armeſünderbank geſetzt werden kann, wo der Inquiſit ſaß, der jetzt das gegen ihn eingehaltene Verfahren zu retorquiren ſucht [12]); nach feſten Haltpuncten und Normen aber, wonach dieſes Verfahren einzurichten ſei, ſieht ſich der Inquirent vergeblich um. Auf der anderen Seite muß der teutſche Unterſuchungsrichter ſich immer bewußt bleiben, wie umfangreich und empfindlich die ihm eingeräumten Verfolgungsmittel ſind, und wie ſolchem Rechte nothwendig die Pflicht gegenüberſteht, ſich im Gebrauch der Mittel zu mäßigen und immer auf das durch die Umſtände Gebotene zu beſchränken: denn eine philoſophiſche Anomalie bleibt es immer, daß Gewalt und zumal richterliche Gewalt gegen Perſonen angewendet wird, die man in dieſem Zeitpuncte noch nicht als Verbrecher, mithin auch nicht als ſtrafwürdig anſehen darf [13]). Der Inquirent muß ſich bei jedem ſeiner Schritte des Gedankens erwehren, daß das von ihm verfolgte Subject ſchuldig ſei; denn dieß wäre, juriſtiſch genommen, nichts Anderes, als ein Vorurtheil. Nur mit Verdächtigen, nicht mit Schuldigen [14]), hat er es zu thun, und der Spruchrichter erſt wird entſcheiden, ob die Anſchuldigung Grund habe oder nicht.

Ein Verdacht [15]) iſt es alſo, was begründet und bewieſen ſein

---

(Art. 631, 632, 636). Die zweite Ständekammer zeigte nur die Abſicht, hieran Etwas zum Beſten der Beamten zu ändern, und ſetzte an jener Stelle überall: ohne genügenden Grund. Dadurch iſt aber die Sache offenbar noch ſchlimmer geworden: denn während nach dem erſten Vorſchlage nur ein Streit über die Auslegung der wenigen vorhandenen Prozeßgeſetze entſtehen konnte, iſt jetzt die Frage eine rein arbitrāre geworden, und man iſt ganz der Discretion der Gerichtshöfe preisgegeben.

12) Man muß nur immer bedenken, wie leicht ein criminell Verfolgter die Stellung des Richters verkennt und in ihm einen muthwilligen Peiniger, einen Diener des Terrorismus erblickt, gegen den er ſeinen Haß und ſeine Rache richtet.

13) Abegg, Beiträge zur Strafprozeßgeſetzgebung (Neuſtadt a. d. Orla 1841), S. 64.

14) Dieß wurde hiſtoriſch nachgewieſen von Mittermaier, das teutſche Strafverf. (Heidelb. 1839), Bd. 1, §. 32, beſ. S. 155.

15) Weit verſchieden davon iſt ein Argwohn, eine Muthmaßung. Der Verdacht muß ſich immer objectiv (aus Thatſachen) begründen laſſen, der Argwohn aber hat ſeine Wurzel zunächſt immer im Gemüthe, in der ſubjectiven Anſicht. Vgl. Eberhard, ſynonymiſches Wörterbuch (Berlin 1821), Nr. 137.

muß, ehe der Unterſuchungsrichter von jenen Maßregeln, die wir unter dem Worte Fahndung begreifen, Gebrauch machen darf. Einen Verdacht zu beweiſen, bedarf es natürlich minder concludenter Beweisgründe, als zur Herſtellung des Schuld- oder Unſchuldbeweiſes.

Hierin liegt aber, wir wollen es uns nicht verhehlen, der ſchwierigſte Punct dieſer Lehre, und doch bildet er die juriſtiſche Grundlage des ganzen Fahndungsweſens.

Es zeigt ſich hierbei vielleicht noch augenſcheinlicher, als bei der Lehre vom Schuld- oder Unſchuldbeweiſe, wie viel dem richterlichen Ermeſſen anheim gegeben werden muß. Dieſer erfordert eine vollkommene Gewißheit, mithin die Herſtellung einer, nach menſchlichen Einſichten in möglichſter Vollkommenheit zu erſtrebenden, Wahrheit. Zur Herſtellung eines Verdachtes hingegen müſſen auch unvollſtändige und unzuſammenhängende Beweismittel [16]) führen, und es fragt ſich nur: *welchen Grad von überzeugender Kraft* ſie erreichen müſſen, wenn der Richter ſich berechtigt halten darf, ein Verfahren darauf zu bauen.

Man hat, an der Theorie des abſolut directen Beweiſes, d. h. des Beweiſes durch die Ausſagen zweier Zeugen, feſthaltend, den Grundſatz aufſtellen wollen [17]), daß zur Begründung eines criminellen Verdachtes die *Hälfte* jenes Beweiſes, alſo *ein Zeuge*, hinreiche. Ein bequemeres Expediens kann es freilich nicht geben: denn es enthält eine faſt mathematiſche Formel. Um ſich derſelben zu fügen, muß man jedoch vor allem zu den Anhängern jener Theorie ſich bekennen, wenn man nicht in eine große Inconſequenz gerathen will. Nur die Annahme des ſogenannten directen Beweiſes, als einziger Richtſchnur, als untrüglichen Leitſterns, kann ein ſolches Spalten der daraus entſtehenden Ueberzeugung in ein Halbes und ein Ganzes rechtfertigen. Sieht man aber Zeugen an ſich für ein nicht ſtärkeres Beweismittel an, als es die Indicien ſind, ſo wird dieſes Spalten ſofort zum Unding, indem der künſtliche Beweis ſich nicht in ähnliche Bruchtheile zerlegen läßt, wie es ſcheinbar beim Zeugenbeweiſe angeht; ſcheinbar, weil es in den meiſten, ja in faſt allen Fällen eine bloße numeriſche Täuſchung iſt, daß Ein Zeuge die Hälfte von dem beweiſe, was ihrer zwei voll beweiſen [18]).

---

16) Verdacht iſt z. B. gerechtfertigt, wenn ein *unbeeidigter* oder nicht ganz claſſiſcher Zeuge eine Angabe gemacht hat; wenn ein ſchlechter Leumund, wenn auch *ohne* Bezug auf das fragliche Verbrechen, mit einer nahen Anzeigung concurrirt; wenn ein außergerichtliches Geſtändniß in etwas zweifelhaften Ausdrücken abgelegt wurde u. dgl. m.

17) Z. B. *Quiſtorp*, Grundſätze des teutſchen peinlichen Rechtes Bd. 2, §. 610. *Tittmann*, Handbuch der Strafrechtsw. Bd. 3, S. 192. *Stübel*, Criminalverf. §. 1883. Das Berufen auf Art. 30 der p. G.-O. kann dieſen Irrthum nicht entſchuldigen, indem dieſe Geſetzesſtelle nur in unmittelbarem Bezug auf das *Folter*ſyſtem, wo ſie den ungelehrten Richtern einigermaßen einen Anhaltpunkt geben wollte, von „halber Beweiſung" redet, und mithin für die Beweistheorie im *allgemeinen* nichts daraus gefolgert werden kann.

18) *Leue*, der Anklageprozeß und der Unterſuchungsprozeß (Aachen 1840),

Wo ſind zwei durchaus gleichartige Menſchen zu finden; gleichartig an Leib und Seele, an Tugend und Rechtsgefühl? Wo mag man zwei Zeugen begegnen, die über eine und dieſelbe Thatſache in Haupt- und Nebenumſtänden, von Anfang bis zu Ende, das Nämliche wahrgenommen haben und das Nämliche deponiren[19]? Iſt nun blos Einer vorhanden, und fehlt alſo der gewünſchte Probirſtein eines zweiten, wie will man ſich berechtigt halten, demſelben apodiktiſch den Werth eines halben Beweiſes beizumeſſen; wie will man im voraus entſcheiden, welche Geſtalt der Beweis annehmen würde, wenn ein zweiter Zeuge ſich finden wollte? Iſt nicht vielmehr die Beweiskraft des vereinzelten Zeugniſſes völlig relativ, ganz und gar abhängig von dem moraliſchen Werthe des Deponenten, von dem Grade der inneren Glaubwürdigkeit[20]), von der Concludenz der Thatumſtände, wie ſie vorgetragen wurden, unter ſich? Muß nicht der Satz vielmehr ſo geſtellt werden: die Ausſage Eines Zeugen, und zwar ſelbſt eines (formell) claſſiſchen Zeugen kann einen höheren, mittleren oder niederen Grad von Wahrſcheinlichkeit erzeugen, je nachdem der äußere oder innere Gehalt der Ausſage dem kundigen Blicke ſich darſtellt? Dieß iſt eben die Sache des Unterſuchungsbeamten, daß er den Menſchen erforſchen lerne; nicht blos den Angeklagten, ſondern auch jeden Zeugen. Unpaſſend iſt es, ihm, dem Inquirenten, ein Regulativ, wie das Schlagwerk einer Uhr, in die Hände zu geben, wonach er ganzen, halben, oder gar Drittels- und Viertelsbeweis meſſen und annehmen ſoll[21]). Die Umſtände, die Perſönlichkeiten müſſen es ergeben, in wie weit er ſich von einer Thatſache überzeugt halten kann. Von Beweis darf ja überhaupt bei ihm noch gar nicht die Rede ſein, weder von vollkommenem, noch von theilweiſem; Verdachtsgründe ſind es, die ihn leiten, Verdachtsgründe bilden den Ausgangspunct ſeiner Thätigkeit.

Nun fragt es ſich weiter: von welcher Art müſſen die Verdachtsgründe ſein?

Wiewohl ein Verdacht nur etwas mehr, als eine Vermuthung[22]) iſt, ſo gibt es doch auch Grade des Verdachts, welche faſt die Stärke

---

enthält ein beſonderes, hierbei nachzuleſendes, Capitel: Das Unding der Beweismeſſung S. 131—170.

19) Leue a. a. O. S. 141 beſtätigt dieß aus ſeiner Erfahrung: Es kommt der Fall mitunter vor, daß zwei Zeugen, an deren Gewiſſenhaftigkeit zu zweifeln man keine Urſache hat, ein Ereigniß in mehr oder weniger wichtigen Umſtänden ganz verſchieden darſtellen, und jeder auf ſeinen Eid betheuert, die Sache ſo beobachtet zu haben.

20) Vgl. hierüber vorzüglich Brauer, über die Unzuläſſigkeit des directen Zeugenbeweiſes; in Demme's fortgeſ. Annalen der Criminalrechtspflege, Jahrgang 1841, Hft. 1, beſ. §. 8, 9, 15.

21) So z. B. Koch, institutiones iur. crim. (Jenae 1783.) §. 842.: Quid vero? Forsitanne: ex duorum testium suspectorum, semiplena; et ex quatuor suspectorum testimonio, plena probatio conglutienda est? generatim id neque adfirmandum, neque negandum esse existimo. — Hiernach wäre Ein verdächtiger Zeuge als Viertelsbeweis anzuſehen.

22) Nicht als praesumtio iuris, ſondern als unbeſcheinigtes Muthmaßen, Meinen und Dafürhalten ſoll hier das Wort: Vermuthung gelten.

eines vollkommenen Beweiſes erreichen, ja, wenn man den Standpunct des Inquirenten ganz feſthält und ihm mithin ein Urtheil über Schuld und Nichtſchuld überall nicht einräumt, vielmehr dieſe Entſcheidung lediglich dem Strafrichter anheim gibt, ſo kann man ſelbſt bei einer Beweislage, die eine ſofortige Verurtheilung zur Folge haben dürfte, im Sinne des Unterſuchungsprincips blos von einem auf's Höchſte geſteigerten Verdachte reden [23]).

Die Verdachtsgründe treten alſo in tauſendfacher Abſtufung auf, und es läßt ſich eine beſtimmte Scala eben ſo wenig, wie bei den Indicien, aufſtellen.

Wenn man nun, wie billig, in dieſem ſchwankenden Meere von Vermuthungen und Verdachtsgründen Fundamentalſätze verlangt, welche einerſeits den Richtern einen Ausgangspunct, andererſeits aber den Verfolgten eine Garantie gegen Ungerechtigkeit geben, ſo muß zunächſt das Erforderniß einer thatſächlichen actenmäßigen Grundlage anerkannt werden.

Es genügt nicht blos mit der Kenntniß, und noch weniger mit der Vorausſetzung einer verdachterregenden Thatſache, wenn ſie nicht auf juriſtiſchem Wege conſtatirt, d. h. actenmäßig [24]) gemacht iſt, und ſollte dieß, in ganz eilenden Fällen, vorläufig auch nur mit den Hauptzügen geſchehen können. Eben ſo wenig kann der Richter auf eine Bemerkung in den Acten hin, wenn ſie nur auf Anſichten und Vermuthungen, nicht aber auf einer nach rechtlicher Ordnung erhobenen Thatſache beruht, einen Verdachtsgrund ſtützen.

Von allem dieſem macht eine Ausnahme die handhafte That [25]), wo man natürlich keine Protocolle zu ſchreiben braucht, um zugreifen zu können.

Mit jener Grundlage iſt offenbar ſchon viel Sicherheit gewonnen. Der Inquirent ſieht ſich dadurch genöthigt, vor aller Einſchreitung gegen Perſonen und Aufſuchung von Sachen, dem Prozeſſe eine feſte Grundlage zu geben; er kann nimmermehr aus Leichtſinn oder blindem Parteigeiſte handeln, ohne die Gefahr einer Nichtigkeit. Thatſachen muß er erſt zur Hand haben, Thatſachen müſſen dem Prozeſſe bereits förmlich einverleibt ſein, mithin Ereigniſſe, die er nicht ſchaffen, nicht erfinden kann, wo ſie ſich nicht von ſelbſt darbieten.

---

23) Damit iſt nicht geſagt, daß der Inquirent ſeine juriſtiſche Ueberzeugung in Feſſeln ſchlagen ſoll, ſondern nur, daß er ſich beim Unterſuchungsgeſchäfte ſelbſt jeder kategoriſchen Meinungsäußerung enthalte. Vgl. auch Müller, Lehrbuch des Criminalprozeſſes (Braunſchweig 1837), §. 77.

24) Wie der Grundſatz der Actenmäßigkeit zu verſtehen ſei, ſ. Martin, Lehrb. des Criminalproz. §. 14. Mittermaier, das teutſche Strafverf. Bd. 1, S. 127. In Frankreich nimmt man es in der Vorunterſuchung noch ſtrenger, als bei uns. Code d'instr. crim. art. 42.

25) Sachſenſpiegel B. 2, S. 35: Die handhafte dat is dar, ſvar man enen man mit der dat begript, oder in der vlucht der dat. Vgl. auch Homeyer, des Sachſenſpiegels erſter Theil (Berlin 1835), S. 333. S. v. „Handhafte That.“ Zöpfl, das alte Bamberger Recht S. 137.

Nicht ſo leicht dürfte es aber gelingen, Regeln aufzufinden, wodurch der zur Einſchreitung hinreichende Grad der Verdachtsgründe 26) normirt wird.

Hier muß wieder erinnert werden, daß alle Fahndungsmaßregeln weſentlich in das Informativverfahren, mithin in ein Stadium fallen, wo man erſt im Sammeln der Beweiſe begriffen iſt, wo es alſo zu den ſeltenen Ausnahmsfällen gehört, daß eine reichliche Maſſe von Verdachtsgründen vorhanden wäre.

Daß vor allem der Thatbeſtand eines Verbrechens, wo nicht völlig bewieſen, doch in hohem Grade wahrſcheinlich 27) gemacht ſein muß, dieſes gehört zu den allgemeinen Prozeßregeln und braucht daher hier nicht näher ausgeführt zu werden. Aber aus dem Beweiſe des Thatbeſtandes gehen nicht ſelten auch Anſchuldigungsmomente 28), d. i. Beweismittel der Thäterſchaft hervor, zumal bei Verbrechen, wo die objectiven und ſubjectiven Merkmale des Thatbeſtandes weſentlich in einander fließen, wie z. B. beim Meineide, beim Amtsmißbrauch, der Rechnersuntreue und Prävarication 29).

Aber auch ſchon zur Erhebung des Thatbeſtandsbeweiſes an ſich, alſo noch abgeſehen von dem concreten Subjecte der That, bedarf es häufig der Fahndung, nämlich der Aufſpürung des ſogenannten corpus delicti oder einzelner Theile deſſelben 30), insbeſondere der Werkzeuge, die zur That gebraucht wurden. Muß man zu dieſem Behufe die bürgerliche Freiheit antaſten, ſo wird eine thatſächliche actenmäßige Grundlage des Verdachts gegen Einzelne wieder eben ſo nothwendig, als wäre bereits ein Anklageverfahren eingeleitet: denn dieſes iſt und bleibt für Jedermann empfindlich, daß ſein Hausfriede, ſeine Eigenthumsrechte durch eine Behörde geſtört werden, die auf Criminalbeweiſe ausgeht und ihm daher durch den unmittelbaren Contact in der öffentlichen Meinung immer einen Verdacht der Betheiligung anhängt.

Daß die Anforderung eines ſtarken Ueberführungsbeweiſes zur Zeit, wo die Fahndung eintreten ſoll, nicht gemacht werden kann, wird hier-

---

26) Wie ſehr die Geſetzgebungen in der Beſtimmung der Bedingungen der Specialinquiſition differiren, lehrt ein Blick in Zachariä's Grundlinien des Criminalproz. §. 153, und hieraus ſollte man doch eigentlich für die Fahndungsfrage Analogien ſchöpfen können; es bleibt alſo nichts Anderes übrig, als für letztere aus den Ergebniſſen einer geregelten Praxis eine beſondere Theorie abzuleiten.

27) Stübel, über den Thatbeſtand der Verbrechen §. 171—173: eine Ueberzeugung, die auf unzureichenden, jedoch auf ſolchen Gründen beruht, welche andere fehlende Gründe an Zahl und Stärke überwiegen. (S. 238.)

28) Zumal wenn man in den Begriff, mit Luden, über den Thatbeſtand des Verbrechens (Göttingen 1840), nicht blos „die äußere Erſcheinung des Verbrechens und Handlung als Urſache, ſondern auch den Charakter der Rechtswidrigkeit und der verbrecheriſchen Willensbeſtimmung" mit aufnimmt.

29) Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft (Neuſtadt a. d. Orla 1836), §. 567, 492, 510, 503.

30) Kitka, Beitr. z. Lehre über d. Erhebung des Thatb. (Wien 1831), §. 73.

nach wohl einleuchtend ſein. Alles, was man verlangen kann, iſt eine Wahrſcheinlichkeit, dafür ſprechend, daß ein gewiſſes Subject das Verbrechen begangen, oder darauf bezügliche Objecte in Verwahrung[31]) habe.

Damit werden aber Alle, die ſich zur ſtrengen Schule bekennen, nicht zufrieden ſein. Die Antwort auf ihr Begehren präciſerer Beſtimmungen kann theils die Theorie, noch mehr aber die Praxis geben.

Das Stadium, in welchem hier der Inquirent zu handeln hat, muß, wie geſagt, nothwendigerweiſe noch auf ſehr unſicheren Pfeilern beruhen. Meiſtens liegen im Anfange nur einfache Anzeigen und Meldungen vor, durch welche der Inquirent ſo gut, wie jeder andere Menſch, getäuſcht werden könnte; die Anzeiger ſelbſt, ſeien ſie auch verpflichtete Diener, können ſich geirrt haben, und übertriebener Amtseifer ſpielt dabei oft nicht die geringſte Rolle.

Auf eine von vorn herein als werthlos, oder als eine Ausgeburt der Leidenſchaft erkannte Anzeige darf und wird der Inquirent freilich nicht einſchreiten, ſondern höchſtens Erkundigungen einziehen, ob die Sache irgend von Belang ſei[32]). Auf Anzeigen aber, welche die Präſumtion der Unglaubwürdigkeit nicht gegen ſich haben, muß er kraft ſeines Amtes die richterliche Thätigkeit entwickeln, und es ſteht nimmermehr in ſeiner Willkür, die Sache beruhen zu laſſen. Es würde alſo geradezu dem Organismus des Strafverfahrens zuwider ſein, wenn man einen höheren Grad von Beweis, als eine Wahrſcheinlichkeit[33]), zur Verfügung der Fahndung fordern wollte.

Vorzüglich aber hat man dabei zu bedenken, wie das Verfahren zwecklos, eitel, ja lächerlich ſein würde, wenn der Inquirent da, wo die erſten Spuren vom Thatbeſtande oder vom Thäter auftauchen, die Hände im Schooße liegen laſſen und warten müßte, bis eine ſtärkere Maſſe von Beweismitteln ſich angeſammelt hätte. In ſolchen Verhältniſſen iſt ja eine Erhaltung des status quo am allerwenigſten anzunehmen, vielmehr dürften im Gegentheile, in neun Fällen unter zehn, von

---

31) Auch unbewußter oder Naturalbeſitz iſt hier mit eingeſchloſſen. Denn es kann ja ein Eigenthümer ſelbſt dadurch überraſcht werden, daß das Unterſuchungsgericht in ſeinem Hauſe oder auf ſeinem Grundſtücke ein durch Dritte dahin gebrachtes Corpus Delicti auffindet. Kitka a. a. O. §. 74. Code d'instr. crim. art. 88.

32) Grolman, Grundſätze der Criminalrechtswiſſenſchaft §. 535, Anm. c, verlangt, daß ein Denunciant, auf deſſen alleinige Angabe ein Verfahren eingeleitet werden ſoll, nicht nur ein claſſiſcher Zeuge ſei, ſondern auch aus eigener Wahrnehmung von dem Verbrechen rede. Außerdem müſſen erſt weitere Nachforſchungen angeſtellt werden, ob die Anzeige einigen Grund habe. Vgl. auch Bolley, Anweiſung zum Verfahren in Strafſachen (Stuttgart 1809), §. 85.

33) Es wird wohl aus dem Geſagten hervorgehen, daß dieſe Wahrſcheinlichkeit nicht etwa mit Indicien gleichbedeutend genommen ſei. Letztere können unter und über der Wahrſcheinlichkeit ſtehen; wogegen auch wieder Zeugen und Urkunden oft nicht einmal Wahrſcheinlichkeit liefern. Richtiger wäre es, wenn man etwa die Lehre vom unvollſtändigen Beweiſe hier in Anwendung brächte. Mittermaier, die Lehre vom Beweiſe (Darmſtadt 1834), §. 64.

Heute auf Morgen weſentliche Aenderungen[34]) in der Lage der Dinge eintreten, ſei es, daß der Schuldige inzwiſchen entkommt, oder daß er mit den Complicen oder Zeugen Verabredung trifft, oder daß die Ueberführungsſtücke an Orte, die dem Richter nicht zugänglich ſind, gebracht werden.

Hier heißt es wirklich und zwar in einem ganz unverwerflichen Sinne: Wenn man den Zweck will, muß man die Mittel wollen. Eine Unterſuchung von Amtswegen zu führen, iſt anerkannt das ſchwierigſte Geſchäft, was einem Beamten auferlegt werden kann. Will man ihn nun noch obendrein in dem Zeitpuncte, wo es allein möglich ſcheint, die Materialien zur Beweisführung beizubringen, übermäßig beſchränken, ſo kann wirklich in der Mehrzahl der Fälle nichts Anderes dabei herauskommen, als ein Kram von leeren Formalitäten, von Protocollaufnahmen, Zeugenverhören und Berichten[35]), die überall dem Schatten eines Verbrechens nachjagen, nicht aber den Muth eingeben, den Körper ſelbſt, der den Schatten wirft, zu ergreifen.

Raſch muß gehandelt werden und mit der Raſchheit verträgt ſich zögerndes Umherblicken und das Conſtruiren logiſch feſter Schlußgebäude ganz und gar nicht[36]).

Die Wahrſcheinlichkeit alſo, welche zur Anordnung der Fahndungen erfordert wird, darf nicht auf gewiſſe Beweisſätze gebaut ſein, ſondern ſie muß lediglich dem Ermeſſen des Unterſuchungsrichters[37]) anheim gegeben werden.

Wahrſcheinlich iſt dasjenige, wofür nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge mehrfache Gründe ſprechen, die aber doch nicht ſtark genug ſind, alle Gegengründe zu beſeitigen[38]).

Dieſes Abwägen der Gründe, die in unſerer Lehre Verdachtsgründe

---

34) Kitka a. a. O. S. 244. Nicht blos abſichtliche Einwirkungen, ſondern auch Naturereigniſſe, oder zufällige Handlungen können, beſonders an belebten Orten, dazu beitragen. v. Jagemann, in der Zeitſchrift für teutſches Strafverfahren Bd. 1, S. 335 flg.

35) Auf derartige Unterſuchungen leidet das, etwas ſtarke, Wort Anwendung, welches Leue in ſeiner Schrift über Anklagen und Unterſuchungsprozeß (S. 74) ſprach: Den Namen der Gründlichkeit hat das teutſche Verfahren dadurch erworben, daß man dieſe Eigenſchaft nach dem Volumen des beſchriebenen Papieres bezeichnete.

36) Dieß wird wohl nicht zu dem Mißverſtändniſſe führen, daß der Inquirent ohne Logik verfahren dürfe. Nur künſtlich abgerundete Syllogismen, wie ſie der Spruchrichter auszuſinnen die Muße und die Pflicht hat, kann jener nicht zu ſeiner Aufgabe machen.

37) Schon Clarus, sent. rec. lib. V. quaest. XX., erkennt dieß an, ſo wie auch gewiſſermaßen die p. G.-O. Art. 18, 24.

38) Dieſe Definition weicht von der oben (Note 27) citirten Stübel's darin ab, daß ſie auf poſitive Gegengründe reflectirt, während dort das „Ueberwiegen anderer fehlenden Gründe“ als Kriterium aufgeſtellt wird. Es ſcheint aber, daß die Wahrſcheinlichkeit nicht ſowohl aus dem Grade des vorhandenen Beweiſes, als aus dem Verhältniſſe zu der gegentheiligen Unwahrſcheinlichkeit deducirt werden muß. Die vollſtändige Literatur hierüber in Zachariä's Grundlinien des Criminalproz. §. 131—133.

ſind, wird die Aufgabe des Inquirenten, ſo oft ein Ereigniß zu ſeiner Kenntniß kommt, welches den Anſchein eines Verbrechens hat, und wobei Spuren angegeben werden, deren Verfolgung zum Beweiſe der That führen könnten.

Je nach der Beſchaffenheit der Umſtände können nur ſtärkere oder auch ſchon ſchwächere Verdachtsgründe die Einſchreitung rechtfertigen.

Die Wichtigkeit des Verbrechens an ſich, d. h. der Grad, in welchem daſſelbe das Gemeinweſen bedroht, gibt objective Momente für das Verhalten des Richters an die Hand[39]). So wird z. B. bei einem vorgefallenen Morde, Raube, Hochverrath oder bei einer Brandlegung ein energiſches Einſchreiten weit eher gerechtfertigt ſein, als bei einem kleinen Diebſtahle, einer leichten Körperverletzung, einer Unzucht u. ſ. w.; oder, mit anderen Worten, es genügt in jenen Fällen ſchon eine geringere Wahrſcheinlichkeit, um auf Perſonen und Sachen auszugehen, als in den letzteren, um möglichſt verſichert zu ſein, daß die Wahrheit an's Tageslicht komme.

Es läßt ſich erwarten, daß von mancher Seite die Einwendung hiergegen gemacht werde, wie es gegen den Grundſatz der Gleichheit vor dem Geſetze verſtoße, alſo ungerecht ſei, bei gleicher Beweislage in dem einen Falle ohne Schonung und Rückſicht einzugreifen, in dem anderen aber zurückzuhalten und zu zögern; ja es ſpreche bei Capitalverbrechen noch mehr, wie bei den niederen Vergehen, die Billigkeit für gewiſſenhafte Achtung der bürgerlichen Freiheit, indem hier die Folgen der Verwicklung in eine Unterſuchung weit empfindlicher und ehrenkränkender ſeien, als bei den niederen Vergehen.

Möchte man aber doch nicht vergeſſen, wie der teutſche Inquirent nicht blos Unterſuchungsrichter, ſondern auch Wächter des Strafgeſetzes[40]), mithin berufen und verpflichtet iſt, gegen jede gewaltſame Störung der Rechtsordnung im Intereſſe der Staatsgeſellſchaft einzuſchreiten, wie dieſes Intereſſe im Colliſionsfalle alle Particularintereſſen überwiegt, und wie daher bei denjenigen Verbrechen, wodurch die Staatsbürger am meiſten erſchreckt und alamirt werden[41]), auch die ſchnellſten und nachdrücklichſten Maßregeln[42]), ſelbſt auf die Gefahr zu

---

39) Die neueren Geſetzgebungen haben gezeigt, daß ſie dieſe Rückſicht anerkennen. Denn man darf zum Zwecke der Unterſuchung eines Capitalverbrechens alle am Orte der That anweſenden Perſonen ſofort verhaften, nach dem bayer. Strafgeſetzb. Th. 2, Art. 120, und der preuß. Criminalordn. §. 213. Vgl. auch Lotz im N. Archiv des Criminalrechtes Bd. 5, S. 185 flg.

40) Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 1, S. 153. Bolley, Anweiſung zum Verfahren in Strafſachen §. 82.

41) Hepp, J. Bentham's Grundſätze der Criminalpolitik (Tübingen 1839), §. 26: Das Uebel eines öffentlichen Delicts, welches ſich weiter verbreitet, iſt größer, als das gleichbenannte Privatdelict. — Mit den ſchwereren Strafdrohungen müſſen aber auch energiſchere Unterſuchungsmaßregeln correſpondiren.

42) v. Jagemann, in der Zeitſchrift für teutſches Strafverfahren Bd. 1, S. 5 flg.

ergreifen ſind, daß ein Unſchuldiger momentan in's Mitleiden gezogen werde, vorbehaltlich der ihm alsdann nicht zu verweigernden Satisfaction.

Wer es durchaus und um jeden Preis vermieden wiſſen will, daß der Inquirent mitunter auch einen Unſchuldigen zur Rede ſtelle, der beſchränkt ſofort deſſen Wirkſamkeit auf die höchſt ſeltenen Fälle, daß ein Verbrechen gleich von vorn herein mit ſolchen Beweismitteln zur Anzeige gebracht werde, die unwiderleglich die Schuld eines gewiſſen Subjectes darthun, wo alſo die juriſtiſche Gewißheit[43]) ſofort zu Tage liegt. Der Gewißheit Gegenſatz kann wohl nur die Ungewißheit ſein; wo es alſo an ſchlagenden Ueberführungsgründen mangelt, kann höchſtens eine Wahrſcheinlichkeit, aber keine Gewißheit vorhanden ſein, und dabei bleibt es immer möglich, daß ein Unſchuldiger, gegen den gerade unglücklicherweiſe der Schein ſpricht, verfolgt und vor Gericht gezogen werde, während der Schuldige vielleicht ewig den menſchlichen Blicken verborgen bleibt. Wegen dieſer Möglichkeit dürfte nach jener ſtrengen Anſicht ein Inquirent ohne vollkommene Gewißheit gar nicht wagen, irgend Etwas zu unternehmen, und die natürliche Folge davon wäre, daß die größere Maſſe der Verbrechen von der Juſtiz gänzlich *unbeachtet* bliebe, daß die Frechheit der Uebertreter täglich *geſteigert* und am Ende das Verbrechen mit *gleicher* oder größerer Macht, als die zum Schutze des Rechtszuſtandes beſtellten Behörden, ſein Haupt erheben würde.

Wozu wäre der Unſchuldsbeweis in das Prozeßſyſtem eingeführt, wenn man nicht von Alters her[44]) den Fall der Verfolgung von Unſchuldigen neben den Schuldigen als unausbleibliche Folge eines energiſchen Criminalverfahrens im Auge gehabt hätte?

Gegen die *Wahrſcheinlichkeitstheorie* und das *richterliche Ermeſſen* im *Prozeſſe* kann alſo gewiß nichts eingewendet werden, weil Beides dem Inquiſitionsprincipe weſentlich entſpricht[45]). Dagegen möchte eine Garantie gegen Willkür, welche überall, wo richterliches Ermeſſen einen ſo weiten Spielraum hat, zu beſorgen ſteht, wünſchenswerth ſein. Allerdings ſind die teutſchen Gerichtshöfe nichts weniger als nachſichtig[46]) gegen etwaige Gewaltübergriffe der Inquirenten und

---

43) Cf. *Glossa* ad Nov. 73. cap. 1.: Veritas humanitatis potest dici notitia certae rei, maxime per visum.

44) Der favor defensionis ging bei den älteren Juriſten, wo man den Unterſuchungsrichtern noch weniger traute als jetzt ſo weit, daß z. B. *Carpzov.*, pract. rer. crim. Pars I. qu. XXXIII. nr. 47., bemerkt: Et pro innocentia etiam probanda sufficiunt probationes *imperfectae et fictae* (!). Und dabei citirt er nicht weniger als *zehn* beiſtimmende Autoren.

45) Dieſe Einleitung wurde abſichtlich etwas ausführlich gehalten, weil ſie die *Grundlage* bildet, mit der das Nachfolgende *ſteht* oder *fällt*. Denn die vielſeitigſten Mittel helfen nichts, wenn es an ſicheren Principien fehlt, nach denen ſie *gebraucht* werden ſollen.

46) Daraus, daß die urtheilenden Richter die Inculpaten nicht zu ſehen bekommen, entſteht ein unwillkürliches *Mißtrauen* gegen die Unterſuchungsrichter, zumal wenn Geſtändniſſe vorliegen, die überall als Anomalien der menſchlichen Natur anzuſehen ſind. Das Geringſte, was in dem Verfahren unpaſſend erſcheint, wird daher in der Regel als Gegenſtand des Tadels oder der Beleh-

die Vertheidiger der Angeſchuldigten ſind gewiß nicht geneigt, dergleichen ungerügt hingehen zu laſſen: aber das Uebel iſt ja ſchon geſchehen, wenn die Beurtheilung an die Defenſoren und Richter kommt; es muß daher vielmehr eine innere Gewährſchaft, d. h. eine ſolche geſucht werden, welche in dem Gange des Prozeſſes ſelbſt liegt.

Eine ſolche Gewährſchaft iſt bereits darin gegeben, daß Fahndungen nicht anders, als auf actenmäßig conſtatirte Thatſachen gebaut werden dürfen; hieran reiht ſich aber eine zweite, der ſich ein jeder, ſein Fach mit Gerechtigkeitsſinn und Wiſſenſchaftlichkeit betreibende, Inquirent von ſelbſt unterwerfen wird, die aber auch ohne den Bedarf eines eigentlichen Geſetzes von den Juſtizminiſterien durch Verordnung erheiſcht werden könnte, nämlich die Gewährſchaft der ſchriftlichen Entſcheidungsgründe [47]). Durch dieſe wird der Unterſuchungsbeamte noch um ſo unausweichlicher genöthigt, mit ſich zu Rathe zu gehen und in's Reine zu kommen, ob jene Thatſachen zur Fahndung, d. h. zum Eingriff in die bürgerliche Freiheit gewiſſer Perſonen hinreichend ſeien. Es muß alſo mit dieſen Gründen jene erforderliche Wahrſcheinlichkeit förmlich deducirt werden, und wenn es ſich dabei zeigt, daß blos eine Präſumtion oder Präoccupation vorhanden war, ſo wird ein pflichttreuer Beamter ſofort von weiteren Maßregeln abſtehen.

Die Fahndungen theilen ſich am natürlichſten in ſolche, die auf Subjecte der That und andere, die auf Objecte [48]) der That gerichtet ſind.

Es kann wohl vorkommen, daß eine oder die andere Maßregel zugleich in Anſehung von Subjecten und Objecten angewendet wird, aber es geſchieht dann nur ausnahmsweiſe, und es mag daher die Eintheilung um ſo mehr beibehalten werden, weil ſie in der Praxis [49]) bereits feſten Fuß gefaßt hat.

I. Arten der Fahndung auf Subjecte der That.

Im weiteren Sinne könnte man darunter auch die Verbal- und Realcitation, oder die einfache Vorladung und Vorführung [50]), ſo wie

---

rung aufgegriffen. Es iſt klar, daß dieſes üble Verhältniß eigentlich nur von dem Mangel einer mündlichen Schlußverhandlung herkommt. Vgl. Zentner, Andeutungen über die Einführung einer auf Oeffentlichkeit und Anklageſyſtem gegründeten Strafgerichtsordnung (Mannheim 1839), §. 17.

47) Martin, Lehrb. des Criminalproz. 4. Ausg., §. 73, Anm. 3, und Stübel, Criminalverfahren §. 3238 flg.

48) Subject iſt hier im engſten und Object im weiteſten Sinne genommen, nämlich erſteres als die verbrecheriſch einwirkende Perſon und Object als der bei der That gebrauchte oder verletzte Gegenſtand, welcher letztere mithin auch wieder eine Perſon, oder deren Leichnam ſein kann; alſo handelnd und leidend — iſt der Unterſchied.

49) Hier iſt nicht von der allgemeinen, ſondern von der Praxis mehrerer teutſcher Länder die Rede, beſonders in Bayern, Württemberg, Baden, Heſſen-Darmſtadt u. a.

50) Mittermaier, das teutſche Strafverfahren, 3. Aufl., Th. 1, §. 71. Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 137.

ferner die Verhaftung[51]) verſtehen: denn auch dieſe Verfügungen werden in der Abſicht getroffen, ſich der Perſon des Angeſchuldigten zu verſichern. Die Verhaftung iſt aber ein viel zu wichtiger Theil der Strafprozeßlehre, als daß man ſie nur beiläufig abhandeln dürfte; es wird derſelben, im Zuſammenhange mit den vorbereitenden Maßregeln, ein beſonderer Artikel gewidmet werden.

Hier ſoll zunächſt von Fahndungen auf Subjecte die Rede ſein, in ſo weit dem Unterſuchungsgerichte noch eine ſichere Kenntniß von der Perſon des Thäters[52]), oder von ſeinem Aufenthalte[53]), oder von dem bei der Flucht eingeſchlagenen Wege, mangelt.

Im allgemeinen mag noch erwähnt werden, daß man ſich vor der Ergreifung ſolcher Maßregeln auf jede mögliche Weiſe Notizen zu verſchaffen ſuchen muß, durch welche die geſuchte Perſon, ihr Stand und Gewerbe, ihre Sippſchaften und Verbindungen, wenigſtens annähernd, aufgeklärt werden, und ſollte man dazu auch einige Stunden oder Tage nöthig haben, die man lieber gleich auf die Verfolgung verwenden möchte. Es iſt nämlich mit Fahndungen, die ſich völlig im allgemeinen halten, der Strafrechtspflege äußerſt wenig gedient[54]), ja, ſie können die Behörden nur in Verlegenheit ſetzen, oder vielleicht gar zu Anordnungen verleiten, wodurch ein Unſchuldiger aufgegriffen und an das Criminalgericht abgeliefert wird.

1) Die öffentliche Vorladung (Edictalladung, literae edictales, citatio edictalis)[55]) iſt das zunächſt zu ergreifende Mittel, um den Angeſchuldigten, deſſen Aufenthalt beim Beginne der Unterſuchung unbekannt iſt, dem Gerichtszwange zu unterwerfen.

Um von dieſem Mittel Gebrauch zu machen, muß der Fall von der Art ſein, daß zur Verhaftung zur Zeit noch nicht geſchritten werden kann: denn alsdann würde die Ladung gerade den umgekehrten Erfolg[56]) haben, daß der Geladene ſeine Vorſicht verdoppelte, um den Gerichtshänden zu entgehen.

---

51) Wie dieſe Lehre ſich in der heutigen Praxis ausgebildet hat, ſtellen am anſchaulichſten dar: Bauer, Lehrb. des Strafproz. (Göttingen 1835), §. 75, und Mittermaier a. a. O. §. 72—74.

52) Tittmann, Handbuch der Strafrechtswiſſenſchaft, 2. Aufl., Bd. 3, §. 699.

53) Alſo nicht blos gegen Abweſende, ſondern überhaupt gegen ſolche, die der richterlichen Gewalt nicht gerade zugänglich ſind, werden Fahndungsmaßregeln ergriffen.

54) Dennoch lieſt man ſo oft in den Zeitungen Aufrufe an Perſonen, deren Beſchreibung auf Hunderte paſſen kann, weil keine beſondere Kennzeichen angeführt ſind. Damit ſuchen nämlich indolente Beamte leichten Kaufes von einer mühſameren Nachforſchung zu kommen.

55) Eine beſondere Schrift oder Diſſertation hierüber iſt dem Verf. nicht bekannt. Vgl. übrigens Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 1, §. 79, und Tittmann, Handbuch der Strafrechtsw. Bd. 3, §. 726. Die betreffenden Geſetzesſtellen ſ. bei Zachariä, Grundlinien des Criminalprozeſſes §. 109.

56) Schon Matthaeus, de criminibus (Colon. 1725.), lib. XLVIII. tit. XX. nr. 24., erkannte dieſes.

Die öffentliche Vorladung hat gewiſſermaßen etwas Verletzendes, weil die fragliche Perſon dadurch in den Zeitungen als eines Verbrechens verdächtig ſignaliſirt wird; aber dieſes kann den Inquirenten nicht davon abhalten. Ein Verdächtiger kann eben ſowohl ſchuldig, als unſchuldig ſein, und wenn er ſeine Heimath verläßt, ohne den Verwandten oder Behörden zu ſagen, wohin er ſich wende, ſo hat er es doch, die Sache mag ausfallen, wie ſie will, ſich ſelbſt zuzuſchreiben, daß man nicht durch Requiſitionen ihm die Ladung eröffnen kann, ja meiſtentheils wird dieſe Entfernung an unbekannte Orte den Verdacht der That[57]) zu unterſtützen geeignet ſein.

Frägt es ſich nun, was eine öffentliche Vorladung enthalten müſſe, ſo muß vor allem darauf geſehen werden, daß ſie den Namen, Stand und Heimathsort des Geladenen ganz zuverläſſig[58]) angebe.

Fehlt es hierüber an Gewißheit, ſo muß die Ladung ganz unterbleiben, und je nach Umſtänden zu dem Mittel der Hilfsſchreiben und Steckbriefe geſchritten werden. Ein Signalement dagegen gehört nicht zu dieſer Art von Fahndung und zwar aus dem einfachen Grunde, weil man es nicht mit Dritten zu thun hat, welche das verdächtige Subject aufſuchen ſollen, ſondern blos mit dieſem Subjecte ſelbſt, welches ſich in der Namen=, Standes= und Heimathsbezeichnung hinlänglich charakteriſirt finden wird. Auch wäre das Signalement nur ein Moment mehr, um den Geladenen in den Augen des Publikums herabzuſetzen, weil dieſes die Signalements nur in der ſchimpflichen Begleitung von Steckbriefen kennt[59]).

Die Angabe des unterſuchten Verbrechens, ſo unangenehm dieß dem Geladenen ſein mag, darf ebenfalls nicht fehlen, theils weil das Criminalamt ſich ſelbſt wegen ſeiner Maßregeln rechtfertigen muß[60]); theils weil der Angeſchuldigte, wenn er vom Thatbeſtande Nichts erfährt, auch nicht leicht zu einem Entſchluſſe kommen kann, ob er ſich ſtellen ſoll oder nicht. Es könnte ja möglicherweiſe noch eine weitere, und zwar falſche, Anklage gegen ihn vorliegen, um derentwillen er ſich nicht in die Inconvenienzen einer Specialunterſuchung begeben möchte.

Um ſo entſchiedener muß vor der Angabe oder auch nur Andeutung der Verdachtsgründe, welche gegen den Geladenen vorliegen, gewarnt werden. Es widerſtrebt ſchon dem Inquiſitionsprincipe[61]), daß gleichſam

---

57) So jemant eyner miſſethat halb flüchtig wird. Vgl. **Boehmer**, medit. ad CCC. art. 25. §. 7.

58) Am wichtigſten iſt der Name. Hinſichtlich der übrigen Punkte kann man allenfalls auch ungewiſſe Data mit dem Worte: „angeblich" aufführen.

59) Ueberhaupt ſieht der große Haufe im Signalement, das eine Criminalbehörde aufnimmt, immer ſchon einen ſicheren Beleg, daß die fragliche Perſon ein Verbrechen begangen habe, weil namentlich alle Arreſtanten ſofort ſignaliſirt werden. Pfiſter, merkw. Criminalfälle Bd. 5, S. 624.

60) Sobald eine Gerichtsſtelle den Weg der Publicität betritt, ſo muß ſie auch offen zu Werke gehen; ſonſt kann man mit Grunde ſagen, daß ſie entweder mit leeren Formen ſpiele, oder Hinterliſt treibe.

61) Abgeſehen hiervon könnte eine Unterſuchung nimmermehr geführt werden, wenn die Inquiſiten vor dem Verhöre wüßten, was ſie gefragt werden

öffentliches Verhör gehalten werde, und wollte man ſich auch darüber hinwegſetzen, ſo wäre es ungeſchickt, einige, und nur etwa die ſtärkſten, Verdachtsgründe namhaft zu machen, andere, geringere aber im Verborgenen zu halten. Das Einzige, was dabei herauskäme, wäre eine Vorbereitung des Angeſchuldigten zur Verantwortung vor dem Richter, oder mit anderen Worten die Verſtattung einer Bedenkzeit, in welcher er alle möglichen Ränke ausſinnen und Colluſionen veranſtalten könnte [62]).

Die Aufforderung des Gerichtes beſteht blos darin, daß dem Geladenen erklärt wird: er habe ſich in einer gewiſſen Friſt, welche wohl nie unter drei Monaten anzuberaumen ſein dürfte, vor der Unterſuchungsbehörde einzufinden und über den auf ihm laſtenden Verdacht zu verantworten.

Die Edictalladung hat, ſtreng genommen, nur in Contumacialverfahren [63]) ihre rechte Stelle. Doch wendet man auch da, wo auf den Ungehorſam nicht die Folge des fingirten Geſtändniſſes geſetzlich angedroht iſt [64]), die öffentliche Vorladung an, und zwar weſentlich aus Rückſicht auf den Angeſchuldigten, der ſonſt durch Steckbriefe verfolgt werden müßte.

Faſt der ſchwierigſte Punkt bei dieſer Art von Fahndung iſt die Frage: ob ein Präjudiz angedroht werden ſolle, und welches?

Die gewöhnliche Vorladung zum Criminalverhör kennt zwar kein Präjudiz [65]), und zwar aus dem nahe liegenden Grunde, weil der Behörde auf den Fall des unentſchuldigten Ausbleibens ſchärfere Maßregeln zu Gebote ſtehen, wie z. B. die Verfällung in Geldſtrafe, die Vorführung oder ſogar Verhaftung. Dieſe Steigerung kann jedoch gegen öffentlich Vorgeladene natürlich nicht ſtattfinden. Eben deßhalb muß man auf eine andere Weiſe und zwar durch ſofortige Androhung der zu erwartenden Nachtheile der Ladung Nachdruck zu geben ſuchen. Wo es Geſetze

---

ſollen. Darum iſt ſelbſt in Ländern der Oeffentlichkeit das Vorverfahren, ſo lange es dauert, im ſtrengſten Sinne geheim. Feuerbach, die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege (Gießen 1825), Bd. 2, S. 367 flg.

62) Matthaeus, comm. de criminibus. (Colon. 1725.) p. 634., erwähnt dieſes Punktes als einer Controverſe und bemerkt dabei: Si citatio nec crimen, nec circumstantias exprimat, non illico defensio criminis reo intercipitur. Defensionem tunc meditetur, cum adversus comparentem praetor concluserit, terminusque ad respondendum datus fuerit. Hinſichtlich der circumstantiae kann man einverſtanden ſein, nicht aber hinſichtlich des crimen. S. oben Anm. 60.

63) Grolman, Grundſätze der Criminalrechtsw. §. 490.

64) L. 4. §. 2. D. ad L. Cornel. de sicariis. (48. 8.) L. 33. §. 2. D. de procur. (3. 3.) L. 21. C. de poenis. (9. 47.) Vgl. Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. S. 315.

65) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Th. 4 (Berlin 1838), S. 860, ſchlägt die Formel vor: Daß des Ausbleibens ungeachtet in der Sache verfahren und den Rechten gemäß erkannt werden ſoll. Dieſe Worte enthalten aber wohl nichts Anderes, als was ſich von ſelbſt verſteht, und dürften daher beſſer wegbleiben.

und Herkommen geſtatten, in contumaciam zu verurtheilen[66]), da kann man unbedenklich dieſe Rechtsfolge dem Geladenen vor Augen ſtellen; wo dieſes aber nicht der Fall iſt, möchte wohl noch zu unterſcheiden ſein, ob auf dem Angeſchuldigten einiger Verdacht der *böslichen* Entfernung ruht, oder nicht. Es läßt ſich aus den Umſtänden jedesmal dieſe Frage verneinen, oder bejahen. Für die Bejahung dürfte faſt eine Präſumtion ſprechen, wenn der Verdacht der Thäterſchaft überhaupt gut begründet iſt, und alsdann kann man den Rechtsnachtheil androhen, daß, im Falle der Ladung nicht Folge geleiſtet werde, die Verfolgung mit *Steckbriefen* und die *Beſchlagnahme* des Vermögens verfügt würde[67]).

Wo bösliche Entfernung nicht anzunehmen iſt, da kann man wohl auch ohne Präjudiz vorladen, die Ladung aber nach umlaufener Friſt *wiederholen*[68]), und nun erſt mit weiterer Verfolgung drohen.

Noch verdient es genaue Erwägung, in welchen öffentlichen Blättern[69]) die Ladung auszuſchreiben ſei. Die Localblätter ſind dazu am wenigſten geeignet, wogegen das erſte officielle Organ des Geſammtlandes immer dazu gewählt werden muß. Außerdem kann man noch zwei Zeitungen des Auslandes, die als die verbreitetſten gelten, zur Bekanntmachung[70]) wählen, und zwar mit Rückſicht auf den etwa *vermutheten* Aufenthalt des Angeſchuldigten.

2) Der *Güterbeſchlag*[71]) oder die Aufzeichnung der Güter (annotatio s. consignatio bonorum) iſt die gerichtliche Inventariſirung und Sequeſtrirung des Vermögens eines Angeſchuldigten, deſſen Aufent-

---

66) In *Preußen* (Criminalordn. §. 580) und in *Bayern* (Strafgeſetzb. Th. 2, Art. 421) findet ein ſolches Verfahren ſtatt; es wird aber wohl bei einer Reviſion dieſer Geſetze wieder aufgehoben werden, weil man erkennen muß, wie die Criminalrechtspflege gar Nichts dabei gewinnt.

67) Die Drohung würde alsdann lauten: Widrigenfalls Steckbriefe gegen ihn erlaſſen und ſein Vermögen in gerichtlichen Beſchlag gelegt würde. Vgl. preuß. Criminalordn. a. a. O. — Es kommt alſo darauf an, ob mit Steckbriefen im fraglichen Falle etwas ausgerichtet werden könnte und ob Vermögen vorhanden iſt.

68) Es iſt nichts Ungewöhnliches, daß öffentliche Aufforderungen zwei-, ja auch dreimal erlaſſen werden und es ſpricht immer der Grund dafür, daß das Edict das erſte Mal den Betheiligten nicht in die Hände gekommen ſein kann. Vgl. *Zöpfl*, das alte bamberger Recht (Heidelberg 1839), S. 136.

69) *Damhouder*, praxis rerum crim. (Antwerp. 1572.) cap. XIII. nr. 6., redet auch von einer Bekanntmachung voce praeconaria, tubae sonitu, aut simili solennitate.

70) In *Bayern* wird die Ladung „am Sitze des Criminalgerichtes, des unterſuchenden Gerichtes und des Wohnortes des Angeſchuldigten öffentlich *angeſchlagen*" (Strafgeſetzb. a. a. O.). Wenn man berückſichtigt, daß auf dieſe Art auch die *Verwandten* veranlaßt werden können, den Angeſchuldigten beizubringen, um die Schmach eines ſolchen, Monate lang angehefteten, Placats von der Familie zu wenden, ſo mag dieſer Gebrauch Nachahmung verdienen.

71) *Kleinschrod*, de adnotatione bonorum delinquentium. Wirceb. 1791. *Deſſen* Abhandl. aus dem peinlichen Rechte Th. 2, Nr. 7. *Mittermaier*, Strafverf. Th. 1, S. 385 flg. P. G.-O. Art. 206. *Preuß.* Criminalordn. §. 237. *Bayer.* Strafgeſ. Th. 2, Art. 427.

halt unbekannt iſt, zum Zwecke der Nöthigung deſſelben, ſich zu ſtellen und der Unterſuchung zu unterwerfen.

Es iſt einleuchtend, daß dieſe Maßregel nur dann einen gehörigen Sinn hat, wenn der Staat, deſſen Beamter davon Gebrauch macht, noch das Recht der Confiscation[72]) hat. Man denke ſich einen Güterbeſchlag, der Jahre lang fortdauert, ohne daß der Inculpat ſich vor dem Criminalgerichte einfindet, ſo muß am Ende doch dieſer proviſoriſche Zuſtand wieder aufhören. Iſt die Confiscation geſetzmäßig angedroht, ſo kann ſie nach Ablauf der verordneten Friſt auch ausgeſprochen werden; iſt dieſes aber nicht der Fall, ſo müßte man nach einer beliebigen Zeit den Sequeſter zurücknehmen und das Vermögen den nächſten Verwandten des Eigenthümers zurückgeben[73]), wenn man nicht etwa behaupten wollte, daß ein ſolcher Beſchlag ſo lange zu dauern hätte, bis das Verbrechen verjährt iſt[74]). Wenn aber der Unterſuchungsrichter jemals in die Lage kommen kann, von einer ſo energiſchen Maßregel unverrichteter Sache wieder abzuſtehen, ſo mag es wohl ſeiner Würde angemeſſener[75]) ſein, ſich derſelben gar nicht zu bedienen.

Hieraus folgt, daß der Güterbeſchlag, welcher ohnedem auf eine conſtante Praxis ſich nicht berufen kann, in Ländern, welche das Unweſen der Confiscation nicht mehr kennen[76]), nicht wohl noch Anfeindung finden kann[77]).

Will und kann man jedoch nach dieſem Mittel greifen, um den Angeſchuldigten deſto nachdrücklicher zur Verantwortung zu zwingen, ſo hat man zweierlei Wege. Entweder ſpricht man Sequeſtration aus, ohne Jemand Anderem, als den anweſenden Verwandten[78]), davon Kenntniß zu geben; oder man ſucht dieſe Verfügung dem Angeſchuldigten unmittelbar zu eröffnen.

Im erſteren Falle bleibt es den Verwandten überlaſſen, den Aufenthalt des Inculpaten auszumitteln und ihm den Vorgang anzuzeigen.

---

72) Im römiſchen Criminalrechte beſtand bekanntlich dieſes Inſtitut. Die erheblichſten Belegſtellen findet man abgedruckt bei Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. §. 110. Das teutſche Criminalrecht dagegen hat die Confiscation nicht recipirt. Die p. G.-O. Art. 206 a. E. warnt ſogar ausdrücklich: und ſollen auch die Richter unnd oberkeyt zu jrem nutz, den flüchtigen von jren Gütern gar nichts nemen.

73) Quiſtorp, Grundſ. des peinlichen Rechtes Th. 2, §. 830, ſpricht nur von dem Falle, „wo der Entflohene auf ſeiner Flucht ſterben ſollte" —; wie aber, wenn er noch 50 Jahre fortlebt?

74) Gerade durch Fahndungsmaßregeln wird übrigens die Verjährung unterbrochen und es frägt ſich, ob ſie von da an irgend noch laufen könne. Martin, Lehrbuch des Criminalproz. (Heidelb. 1836), S. 51, verneint letzteres.

75) Grolman, Grundſätze der Strafrechtsw. §. 490.

76) Die neueren Verfaſſungsurkunden haben faſt alle die Confiscation ausdrücklich aufgehoben. S. Staatslexikon von Rotteck und Welcker Bd. 3, S. 661.

77) In der That gehört auch die Maßregel jetzt zu den ſeltenſten Erſcheinungen.

78) Bauer, Lehrbuch des Strafprozeſſes §. 81.

Man darf auch wohl annehmen, daß er alsbald davon unterrichtet wird, indem er eine dringende Urſache hat, nach ſeinem Vermögen zu fragen, um aus dem Ertrage ſein Leben zu friſten.

Eine unmittelbare Kundmachung iſt jedoch nur anhangsweiſe mit der Edictalladung[79]) möglich und bleibt mithin ebenſo unſicher, wie dieſe.

Es wird dann bei einer ſolchen Ladung folgender Zuſatz gemacht: Zugleich hat man Beſchlagnahme des Vermögens erkannt, über welches daher das Verfügungsrecht des Angeſchuldigten, in ſo lange, bis er ſich über die Anſchuldigung vor dem unterzeichneten Gerichte verantwortet, ſuspendirt bleibt.

Der Vollzug der Maßregel beſteht darin, daß die Notariatsbehörde mit der Aufnahme des Vermögens[80]) beauftragt und letzteres ſofort einem beſonders zu verpflichtenden Curator zur Verwaltung[81]) übergeben wird; dieſer hat alljährlich, ſo lange der Sequeſter dauert, öffentliche Rechnung abzulegen, auch zur Sicherheit eine Caution zu ſtellen.

Von den Einkünften wird die nach dem Gutachten der Ortsbehörde zum Unterhalte der Familie nothwendige Summe[82]) an letztere ausbezahlt, der Reſt aber, oder, wo keine Familie Anſpruch daran hat, der ganze Betrag der Einkünfte dem Hauptſtock beigeſchlagen.

3) Hilfsſchreiben oder Erſuchungsſchreiben[83]) (literae requisitoriales[84]), Requiſitionen) ſind gerichtliche Schreiben an eine beſtimmte Behörde mit der Bitte, das Unterſuchungsgericht in irgend einem Betracht zu unterſtützen und das Ergebniß ſofort mitzutheilen.

Dieß im Allgemeinen. Hier kann aber nur von Requiſitionen die Rede ſein, welche das Erſuchen um Aufſuchung und Feſtnehmung oder auch Auslieferung des Angeſchuldigten enthalten.

Es gehört alſo zu den Vorausſetzungen dieſer Maßregel dieſelbe Natur des Verbrechens und derſelbe Verdachtsgrad gegen den Angeſchuldigten, wie bei der Verhaftung überhaupt (ſ. daſelbſt). Ferner gehört

---

79) Alsdann ſteht der Beſchlag mit dem Ungehorſamsverfahren in Verbindung. Mittermaier, das teutſche Strafverf. Th. 2, S. 509. Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. S. 315, 316. S. auch Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 318.

80) L. 7. C. de bonis proscript. (9. 49.)

81) Tittmann, Handbuch der Strafrechtswiſſenſchaft Bd. 3, §. 725. v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Unterſuchungskunde Bd. 1, §. 76.

82) Die notturfftige leibsnarung p. G.-O. Art. 206. Darunter iſt wohl zu verſtehen, daß ſo viele Mittel verabreicht werden, als die Leute brauchen, um wie bisher ſtandesgemäß zu leben.

83) L. 7. D. de custod. reor. (48. 3.) Solent praesides provinciarum, in quibus delictum est, scribere ad collegas suos, ubi factores agere dicuntur, et desiderare, ut cum prosecutoribus ad se remittantur. Zwierlein, de litteris requisitorialibus ex usu Romanorum et Germanorum. Gott. 1756. Preuß. Criminalordn. §. 237. Bayer. Strafgeſetzbuch Th. 2, Art. 412.

84) Nach Clarus, sent. lib. V. §. fin. qu. 38. nr. 19. literae subsidiales.

dazu mindeſtens eine Wahrſcheinlichkeit, daß der Verfolgte in dem Bezirke der erſuchten Stelle ſich aufhalte: denn man darf nicht auf das Gerathewohl eine Behörde, ſei ſie Criminal- oder Polizeibehörde, ſolchergeſtalt in Anſpruch nehmen[85]). Dieſelbe kann daher auch die Angabe der Umſtände verlangen[86]), aus welchen der Aufenthalt geſchloſſen wird, und zwar wo möglich mit Bezeichnung der Häuſer oder Perſonen, mit welchen der Inculpat in Beziehung ſtehen ſoll. Kann man dergleichen nicht angeben, ſo mag man ſich deßhalb ausdrücklich entſchuldigen. Ein Haupterforderniß iſt jedoch die Angabe einer Perſonbeſchreibung und der Beweggründe zur Verhaftung. Man nimmt es gewöhnlich von beiden Seiten zu leicht[87]) mit dieſer Maßregel; die Inquirenten entſchließen ſich leichter dazu, als zur Selbſtverhaftung, weil ſie wähnen, weniger Verantwortung dabei zu haben, und die requirirten Richter pflegen aus demſelben Grunde raſch zuzugreifen. Die Verantwortlichkeit iſt aber weder auf der einen noch auf der anderen Seite ausſchließlich, noch auch iſt ſie getheilt; ſie iſt vielmehr verdoppelt, d. h. der requirirende, wie der requirirte Richter, beide haben die gleichmäßige Pflicht, die Gründe der Verhaftung zu prüfen; nur darin iſt ihr Standpunkt verſchieden, daß der letztere nicht im Stande und auch nicht berufen iſt, zu unterſuchen, ob die angegebenen Gründe aus den Acten wirklich hervorgehen[88]).

Irrig iſt es alſo, wenn man Alles auf den Grundſatz zurückführen will, daß der requirirende Richter die Direction des ganzen Prozeſſes habe und mithin ein anderer Richter ihm nichts in den Weg legen könne[89]). Dirigent iſt und bleibt er zwar immer; aber daraus folgt nicht im entfernteſten, daß ihm jede andere ſelbſtſtändige Behörde unbedingten Gehorſam leiſten müſſe; nur von ſeinen Untergebenen kann er Gehorſam fordern; die coordinirten Beamten haben aber alle das Recht und die Pflicht, ein geſtelltes Erſuchen mit den Vorſchriften des Geſetzes oder einer conſtanten Praxis zu vergleichen und dasjenige, was ihnen unſtatthaft oder geſetzwidrig ſcheint, entweder ſchlechthin zu verweigern oder vorerſt nähere Erläuterungen zu ihrer Beruhigung zu verlangen[90]). Wenn

---

85) Der Nachtheil des Rufes leichtſinniger Requiſitionen, in den ein Inquirent hierbei leicht gerathen kann, zeigt ſich auch darin, daß dann auf ſpätere Hilfsſchreiben wenig Achtſamkeit verwendet wird.

86) Nur da, wo ausgedehnte Nachforſchungen nothwendig werden, wird, um unnöthiger Arbeit vorzubeugen, zuweilen eine ſolche Anfrage geſtellt. Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 78.

87) Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 1, S. 383, bemerkt deßhalb: Es iſt eine tadelnswerthe Sitte, wenn der zur Verhaftung requirirte Richter zum willenloſen Werkzeuge eines fremden Richters ſich macht, und oft aus Gefälligkeit die Rechte eines Unſchuldigen kränkt.

88) Was eine öffentliche Behörde ſagt, muß, vermöge des in Mitte liegenden Dienſteides, geglaubt werden.

89) Dieß iſt die Anſicht mancher Praktiker; die Theorie hat ſich aber immer energiſch gegen eine ſolche Conſequenz erklärt. S. beſ. Quiſtorp, Grundſätze des peinlichen Rechtes Th. 2, §. 826.

90) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Th. 4, S. 638.

blos inländiſche Behörden ſolchergeſtalt in Communication treten, ſo ſind die Bedenklichkeiten geringer[91]), weil nicht die Frage der Auslieferung im engeren Sinne[92]) in Betracht kommt, eine Frage, die ſchon an und für ſich zu den ſchwierigſten des Criminalrechtes gehört; kommt aber die Requiſition von einer ausländiſchen Behörde, ſo muß man zu allernächſt mit ſich und den Gerichtshöfen zu Rathe gehen, ob die Staatsverträge, oder die gemeinen Rechtsnormen eine Auslieferung geſtatten[93]).

Auch hier dürfen wieder um ſo weniger Anſtände erhoben werden, wenn das verfolgte Subject zu dem Staatsverbande des requirirenden Richters gehört, und zwar beſonders dann nicht, wenn der Gegenſtand der Unterſuchung ein gemeingefährliches Verbrechen, ein Attentat auf Leben und Eigenthum, iſt.

Jedenfalls wird der requirirte Richter wohl daran thun, wenn das geringſte Bedenken obſchwebt, Inſtruction von dem vorgeſetzten Gerichtshofe[94]) einzuholen, oder er kann auch den requirirenden Richter veranlaſſen, wegen der Erlaubniß zur Verhaftung ſich unmittelbar an den Gerichtshof oder an das Juſtizminiſterium zu wenden.

Auch eine Nachweiſung der Competenz des requirirenden Gerichtes[95]) wird von Manchen verlangt. Dieß kann jedoch nur in ſo weit zugeſtanden werden, als der Charakter der Behörde überhaupt als einer ſolchen bekannt ſein muß, welche Criminalgewalt auszuüben berechtigt iſt; die Frage der Competenz im engeren Sinne dagegen, d. h. die Frage, ob das Gericht für dieſen beſonderen Fall, bezüglich auf das Verbrechen an ſich und auf das verfolgte Subject, competent ſei, kann unmöglich[96]) der Kritik der requirirten Behörde unterworfen ſein: denn für's erſte fehlt es dieſem an den Materialien dazu, und wenn man ihm auch wirklich die Acten oder Auszüge daraus mittheilen wollte, ſo wäre es eine bis zur Natur der Defenſion übergehende Aengſtlichkeit[97]), den Verfolgten gegen die Gerichtsbarkeit des iudex requirens in Schutz nehmen zu

---

91) Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. S. 122.

92) Hierüber exiſtirt eine Reihe von Abhandlungen, die Henke a. a. O. S. 303 aufzählt.

93) In der Vorzeit waren zu einem ſolchen Anſuchen immer die literae reversales oder die oblatio reciproci erforderlich. Koch, institutiones iuris crim. §. 946. Auch heutzutage lieſt man noch zuweilen: Zu allen Gegendienſten bereit; es dürften aber ſolche Anhänge, als überflüſſig, ganz wegbleiben, weil doch kein requirirender Richter mehr verſprechen kann, als die Geſetze erlauben, das Erlaubte und Gebotene aber zu leiſten, nicht von ſeinem guten Willen abhängt, ſondern ſeine Pflicht und Schuldigkeit iſt.

94) Martin, Lehrb. des Criminalproz., 4. Ausg., S. 161, 162. Mittermaier, das teutſche Strafverf. Th. 1, S. 383.

95) Quiſtorp a. a. O. S. 472 vgl. mit dem dort angeführten Autor.

96) Ein Anderes iſt es, wenn eine Colliſion der Gerichtsſtände dabei eintritt; worüber ſich am ausführlichſten äußert: Henke a. a. O. Th. 4, §. 47. Vgl. auch Müller, Lehrbuch des Criminalproz. S. 126, 127, Anm. 15.

97) Oft iſt auch Eiferſucht auf jede auswärtige Gewalt die Urſache des Sträubens, und es läßt mancher Beamte nur deßhalb einen Amtsuntergebenen nicht gern abholen, weil er nicht einem Anderen die Gelegenheit vergönnt, über denſelben eine Herrſchaft auszuüben.

wollen. Der wichtigſte Punct iſt hierbei unſtreitig die Prüfung der Verhaftsgründe[98]). Wenn man dem requirirten Richter hierin keine ſelbſtſtändige Anſicht verſtatten wollte, ſo könnte die Ungeſchicklichkeit oder übertriebene Strenge eines Inquirenten, der aus allen Ecken und Enden ihm verdächtige Perſonen zuſammenzuholen ſich verpflichtet glaubte, in einen wahren Terrorismus ausarten.

Dem requirirten Richter muß es zuſtehen, eine Verhaftung abzulehnen, wenn er ſich ſofort überzeugt, daß die angegebenen Gründe entweder nach gemeinem oder beſonderem Rechte ſchlechthin unſtatthaft oder aus einem factiſchen Irrthume hervorgegangen ſeien. Dagegen darf er die Weigerung nicht auf Fälle ausdehnen, die ihm blos zweifelhaft ſcheinen, d. h. alſo auf Verhaftsgründe, die in der Wiſſenſchaft oder Praxis controvers ſind, wie z. B. beim Arreſt zur Vermeidung von Colluſionen mit verdächtigen Zeugen oder zur Verhütung der Fortſetzung des Verbrechens u. ſ. w.[99]).

Die Angabe der Gründe beſchränkt ſich jedoch blos auf ihre juriſtiſche Bezeichnung[100]), und die Ausführung der thatſächlichen Motive dazu kann um ſo weniger verlangt werden, als ſie zeitraubend wäre und daher dieſe an ſich ſchleunige Maßregel oft ſehr aufhalten würde, wenn gleich eine Andeutung des Factiſchen mit wenigen Worten, eben um etwaigen Zweifeln der anderen Behörde zuvor zu kommen, immer am Platze ſein dürfte.

Iſt die verfolgte Perſon keine ſolche, über deren Namen und Stand nicht die mindeſten Zweifel vorausgeſetzt werden können, ſo hat die requirirende Behörde jedesmal ein möglichſt genaues Signalement beizulegen; findet alsdann das erſuchte Gericht die Schreibung des Namens[101]) oder die Kennzeichen der Perſon nicht mit dem Namen oder dem Ausſehen der einzigen Perſon, welche die verfolgte zu ſein ſcheint, übereinſtimmend, ſo würde ſie ſich dem Vorwurfe einer Leichtfertigkeit ausſetzen, wenn ſie ſofort zugreifen wollte; ſie muß vielmehr die ſich zeigenden Widerſprüche dem Inquirenten, jedoch natürlich auf ſchleunigſtem Wege, mittheilen, und wenn dieſer ſie nicht heben kann, den Vollzug des Anſuchens geradezu abſchlagen.

---

98) Quiſtorp a. a. O. S. 472. Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. S. 122. Bauer, Lehrb. des Strafproz. S. 119, Nr. 3. Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. §. 107, wo auch auf die Nov. 134, c. s. und L. 11. D. de custod. reor. (48. 3.) aufmerkſam gemacht wird.

99) v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Unterſuchungskunde Bd. 1, §. 51, 52.

100) Z. B. wegen vorausgegangener Drohungen; wegen Anweſenheit am Orte der That; wegen Flucht; wegen Beſitzes eines gewiſſen Gegenſtandes. Eine äußerſt vollſtändige Zuſammenſtellung der gewöhnlicheren Indicien ſ. bei Kitka, die Beweislehre im öſterreich. Criminalprozeſſe (Wien 1841), §. 79—107.

101) Dabei darf überhaupt an die nöthige Genauigkeit in der Anführung von Eigennamen erinnert werden, wogegen ſo oft geſündigt wird, ſo daß mitunter ein und derſelbe Name in denſelben Acten mehrmals variirt vorkommt.

Die in Folge eines Erſuchungsſchreibens verhaftete Perſon iſt von dem requirirten Richter, wenn ſie nicht an eine unmittelbar benachbarte Behörde abzuliefern iſt, und ſogar auch in dieſem Falle, wenn ſie ein alsbaldiges Verhör verlangt, gleich nach der Verhaftung *ſummariſch zu vernehmen* [102]): denn es iſt ja ſehr möglich, daß dieſelbe den auf ſie geworfenen Verdacht augenblicklich beſeitigen, einen offenbaren Irrthum nachweiſen oder ſehr erhebliche Gegenindicien [103]) für ſich anführen könnte, ſo daß der requirirte Richter ſich berechtigt halten dürfte, von der Verhaftung oder doch von der Ablieferung einſtweilen Umgang zu nehmen.

Iſt jedoch die Verhaftung einmal vollzogen, ſo muß die Ablieferung, wenn ſich derſelben keine weiteren Bedenken entgegenſtellen, unverzüglich erfolgen und zwar, wenn von der erſuchenden Behörde keine andere Transportweiſe angegeben iſt, auf dem ſogenannten *Schube* [104]), d. h. in der Art, daß der Arreſtant mit einer Escorte, die auf jeder Amtsſtation in der Regel abgelöſt und ausbezahlt wird, zu Fuße oder, bei ärztlich atteſtirter Kränklichkeit, zu Wagen an die Unterſuchungsbehörde verbracht wird. Solchen, die auf ihre Koſten einen bequemen Wagen wünſchen, kann dieſe Erleichterung nie abgeſchlagen werden, und es iſt ſogar von Amtswegen dieſes Transportmittel zu wählen, wenn es darauf ankommt, daß der Arreſtant mit Vermeidung des Aufenthaltes an den Ablöſungsſtationen geradedurch an Ort und Stelle geſchafft werde. Insbeſondere verdient dieſe Methode bei den gefährlichſten und der Flucht verdächtigſten Subjecten Beachtung.

Die *Koſten* des Transportes müſſen von der *requirirenden* Behörde ſogleich bei der Ablieferung bezahlt werden [105]), und es iſt dafür der Inquirent ſelbſt, wenn ſich Anſtände bei den Gerichtscaſſen ergeben ſollten, perſönlich dafür haftbar, welcher Grundſatz um ſo mehr Unterſtützung verdient, als dadurch leichtſinnige Requiſitionen wohl gänzlich verhindert werden.

4) *Steckbriefe* (literae arrestatoriae patentes [106])) ſind gericht-

---

102) *Henke* a. a. O. S. 638.

103) *Mittermaier*, die Lehre vom Beweiſe im Strafprozeſſe (Darmſtadt 1834), §. 56.

104) Auch ein Ueberreſt aus der Procedur des teutſchen Reiches, wo bekanntlich ein Gerichtsherr dem anderen die Delinquenten *zuzuſchieben* ſuchte. Ohne Zweifel bildete ſich daraus das Wort: *Schub*. Vgl. *Dorn*, Commentar über das peinliche Recht Th. 2, S. 572 flg. *Stübel*, das Criminalverf. Bd. 1, §. 388.

105) Deßhalb iſt es auch rathſam, die Erſtattung aller Gebühren und Auslagen ſchon im Hilfsſchreiben zu verſprechen. — *Tittmann*, Handb. der Strafrechtsw. Bd. 3, S. 89, 230, Nr. 5.

106) *Eckholdt*, de literis incarcerationis patentibus seu arrestatoriis. Lips. 1678. — *Kleinschrod*, de literis, quae fugitivi persecutionem petunt ac remissionem patentibus. Wirceb. 1795.; *teutſch* in *deſſen* Abhandl. aus dem peinl. Rechte Th. 2, S. 329 flg. *Biedermann*, über die Natur und Erforderniſſe der Steckbriefe (im älteren Archiv des Criminalrechtes Bd. 3, St. 3, Nr. 3). *Stübel*, Criminalverfahren Bd. 3, §. 1611—1650.

liche Ausſchreiben, welche vorzugsweiſe in öffentlichen Blättern, zugleich aber auch als Specialerlaſſe an alle Criminal- und Polizeibehörden, mit dem Anſuchen erlaſſen werden, zur Verfolgung und Beifangung eines Inculpaten alle geſetzlich mögliche Unterſtützung zu gewähren[107]).

Die Natur der Sache bringt mit ſich, daß dieſes Mittel beſonders gegen Flüchtige angewendet wird: denn jeder Inquirent wird die Fahndung auf Subjecte, die er an irgend einem Orte ſicher zu finden hofft, erſt auf anderem Wege, wie durch Hilfsſchreiben, Nacheile u. ſ. w. vollziehen. Doch kommen auch Fälle vor, wo der Angeſchuldigte gleich nach der That aus dem Bezirke des Unterſuchungsgerichtes ſich entfernt hat, ohne daß man gerade zur Annahme einer Abſicht zu entfliehen, berechtigt wäre. Will man hier gleichwohl Steckbriefe[108]) erlaſſen, ſo müßte der Verdacht gegen den Verfolgten eben aus dem Grunde, weil das Indicium der Flucht mangelt, von anderer Seite her um ſo dringender ſein.

Ein Steckbrief kann im großen Publicum nie anders, als ehrverletzend wirken, weil man ſich hier nicht blos an den proclamirten Verdacht hält, ſondern noch weiter zu gehen und den Ausgeſchriebenen geradezu für den Thäter, immerhin aber für ein gefährliches Subject, anzuſehen pflegt[109]).

Hieraus folgt, daß man ſehr vorſichtig mit dieſer Fahndungsart umgehen muß, damit man nicht ſpäter zu bereuen bekomme, einen Unſchuldigen in ein ſo nachtheiliges Licht geſtellt zu haben. Erkennt man aber einmal die Lage der Umſtände für geeignet, um einen Steckbrief zu erlaſſen, ſo darf man nicht damit zögern, weil nur durch Schleunigkeit die Reiſe des Inculpaten aufgehalten[110]), oder derſelbe mit der Verhaftung überraſcht werden kann, ehe er von der gegen ihn eingeleiteten Unterſuchung und Verfolgung anderweit Kenntniß erhält.

---

107) Schwerlich läßt ſich aus den in Zachariä's Grundlinien des Criminalproz. §. 108 allegirten Geſetzesſtellen folgern, daß im altrömiſchen Reiche dergleichen Verfolgungen ſchon üblich geweſen ſeien. Es ſpricht dagegen ſchon der damalige Mangel an Gelegenheiten zur ſchnellen Verbreitung ſolcher Edicte. S. übrigens auch öſterr. Geſetzb. Th. 1, §. 485—488. Preuß. Criminalordn. §. 239—243. Bayer. Strafgeſetzb. Th. 2, Art. 124, 414—416.

108) Die Etymologie dieſes Wortes iſt noch nicht feſtgeſtellt. Die Ableitung von Einſtecken hat eben ſo wenig für ſich, als die Erklärung: Der Flucht ein Ziel ſtecken. Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 314, Anm. 4. Auch die Adelung'ſche Ableitung von „Stechen" iſt nicht überzeugend. Am einfachſten dürfte man wohl das Wort Steckbrief als eine ſchriftliche Verfolgung des Flüchtlings in's Verſteck nehmen.

109) S. oben Note 59.

110) Je mehr die Beförderungsmittel vervollkommnet werden, deſto ſchwieriger wird die Fahndung überhaupt. So lange die Briefpoſten nicht mit den Eiſenbahnen durchgehends vereinigt werden, können Steckbriefe in der Regel nur als eitle Anſtrengungen angeſehen werden, weil ſie überall zu ſpät kommen.

Ein Steckbrief muß nothwendig enthalten[111]) a) den Namen des Inculpaten, und zwar niemals den Geſchlechtsnamen allein, ſondern daneben auch den Taufnamen, und wenn man dieſen nicht angeben kann, doch eine Bezeichnung des Standes oder des Gewerbes; b) den Geburts- oder Heimathsort oder den Wohnſitz, je nachdem man von dem einen oder anderen ſichere Kenntniß hat, oder je nachdem der Inculpat unter dieſem oder jenem Ortsverbande am meiſten bekannt iſt; c) das Signalement, und zwar nicht blos Beſchreibung der Perſon an ſich, ſondern auch ihrer gewöhnlichen Kleidung und ſonſtiger beſonderen Kennzeichen; d) die Anführung des Verbrechens um deſſentwillen die fragliche Perſon verfolgt wird.

Sieht man ſich außer Stande, das eine oder andere dieſer Erforderniſſe zu erfüllen, ſo darf man, trotz der Wichtigkeit der Sache, einen Steckbrief nicht erlaſſen und zwar aus der nahe liegenden Urſache, weil ſonſt gar zu leicht eine Verwechſelung[112]) eintreten und ein Unſchuldiger, auf den zufällig die mangelhafte Beſchreibung paßte, aufgegriffen, überhaupt aber die auswärtigen Behörden in große Verlegenheiten geſetzt werden könnten.

Wegen der Wahl der Zeitungen, worin die Steckbriefe abzudrucken ſind, gilt daſſelbe, wie von der Edictalladung; nur pflegt man die Steckbriefe noch weit mehr als dieſe zu verbreiten. Da Flüchtige ſich gewöhnlich recht weit vom Orte der That zu entfernen ſuchen, ſo iſt die Regel zu beachten, den Steckbrief jedesmal auch in eine Zeitung[113]) einrücken zu laſſen, welche an dem entgegengeſetzten Theile des Landes die geleſenſte und officiellſte iſt, wie z. B. die ſüdteutſchen Behörden den Hamburger Correſpondenten oder die Breslauer Zeitung, die nordteutſchen aber die Frankfurter Oberpoſtamtszeitung oder die Augsburger allgemeine Zeitung dafür zu benutzen pflegen. Nur dahin, wo man Hilfe von den auswärtigen Behörden zu erwarten hat, wo alſo entweder förmliche Cartelverträge, oder eine obſervanzmäßige Reciprocität, beſtehen[114]), ſoll man Steckbriefe erlaſſen, indem ſie ſonſt nur eine leere Formalität wären.

Sobald Gewißheit darüber da iſt, daß der Geſuchte nicht zu finden, oder daß man ſich in der Perſon geirrt habe, oder wenn der Inculpat beigefangen und eingeliefert iſt, ſo hat der Unterſuchungsrichter die Pflicht,

---

111) Stübel, das Criminalverfahren §. 1614, 1615. Tittmann, Handb. der Strafrechtsw. §. 720.

112) Beſonders in neuerer Zeit, wo die oft ſehr oberflächlichen politiſchen Proſcriptionsliſten häufige Irrthümer vorſchneller Polizeiagenten veranlaßt haben, dürfte dieſe Warnung am Platze ſein.

113) Von allen Blättern, in welche der Steckbrief inſerirt wird, pflegt man ein Exemplar zu den Acten zu nehmen. Ludovici, Einleitung zum peinl. Proz. Cap. 3, §. 3, S. 21. Heil, iudex et defensor. cap. 2. §. 11. p. 47.

114) Tittmann a. a. O. Bd. 3, §. 648. Dergleichen Verträge und Obſervanzen pflegt man jedoch ſo ſtrict als möglich auszulegen, wiewohl es angemeſſener wäre, daß alle Juſtizbehörden, wo materielle Gründe der Verfolgung nachgewieſen ſind, ſich im Formellen nicht ſo ſehr beengen würden.

den Steckbrief in denſelben Blättern, wo er ihn erließ und bei denſelben Behörden, wohin er ihn ſpeciell ſchickte, wieder zurückzunehmen[115]), damit nicht etwa die Fahndungen fortgeſetzt und unſchuldige Perſonen beläſtigt werden.

5) Die Nacheile, oder Amtsfolge (sequela iudicialis, territorialis, praefectoria[116])) iſt die unmittelbare Verfolgung eines des Verbrechens verdächtigen Subjectes durch Unterbediente des unterſuchenden Gerichtes zum Zwecke der Habhaftwerdung[117]).

Dieß iſt die heutige Bedeutung des Fahndungsmittels; in früheren Jahrhunderten aber verſtand man darunter die Ergreifung des Verbrechers auf handhafter That (in flagranti), d. h. eines auf der That ertappten und von den Beſchädigten, unter Beihilfe der benachbarten oder zufällig anweſenden Mitbürger, durch das ſogenannte Gerüffte beſchrieenen Thäters, woraus damals eine beſondere, ſehr ſchleunige, gleichſam ſtandrechtliche Prozeßart[118]) hervorging.

Seitdem ſich aber das Gerichtsweſen als eine beſondere Macht, als eine Staatsgewalt, ausbildete und mit dem erforderlichen Dienſtperſonale ausgerüſtet ward, gewöhnten ſich die Bürger, die Verfolgung der Verbrecher dieſem allein zu überlaſſen und ſo entſtand die Nacheile im weiteren Sinne oder Amtsfolge. Während früher dieſelbe nur in der nächſten Umgebung und ſo lange man den Flüchtigen im Auge hatte, ſtattfand, genügt jetzt die Gewißheit oder hohe Wahrſcheinlichkeit, daß der Inculpat vor kurzem einen beſtimmten Weg eingeſchlagen habe, zu dem Beſchluſſe, ſeine Spur auch weiterhin zu verfolgen.

Es iſt dieſes Mittel allen anderen unbedingt vorzuziehen[119]), weil es weit ſicherer auf Erfolg rechnen kann. Der requirirte Richter iſt eine Perſon, welcher der Inquirent nicht gebieten kann und welche häufig, ja gewöhnlich, nicht mit demſelben Eifer und nicht mit denſelben Anſichten wie jener zu Werke geht; der Steckbrief aber muß unvermeidlich manche unnütze Kräfte aufbieten und gewährt doch nur höchſt ſelten ein Reſultat. Die Nacheile wird einem Polizeidiener, Gendarm oder Ge=

---

115) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 641.

116) Man will ſchon im römiſchen Rechte und zwar in dem Worte: conquirere in L. 13. D. de officio praes. (1. 18.) eine Spur dieſes Inſtitutes erblicken, aber wohl mit Ungrund, indem das „Aufſuchen oder Zuſammenbringenlaſſen" bei Weitem noch keine organiſirte Nacheile bezeichnet.

117) Linck, de persecutione ac remissione delinquentium. Jen. 1671. Müller, de iure facinorosos sequela praefectoria persequendi. Altorf. 1714. Gumbrecht, de sequela territoriali. Gott. 1799. Oeſterr. Geſetzb. Th. 1, §. 484. Bayer. Strafgeſetzb. Th. 2, Art. 413. Preuß. Criminalordn. §. 237, 244.

118) Klaren Aufſchluß hierüber findet man bei Zöpfl, das alte bamberger Recht (Heidelberg 1839), §. 36. Es bedurfte gegen einen auf handhafter That Betretenen nur des Beweiſes: daß ein Gerüffte über ihn erhoben worden ſei, und darauf erfolgte die Verurtheilung. S. auch Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. S. 124.

119) Darum iſt daſſelbe auch in v. Jagemann's Handb. der gerichtl. Unterſuchungskunde Bd. 1, §. 62, 63, allen anderen Fahndungsarten vorangeſtellt.

fangenwärter oder ſonſtigem Gerichtsdiener[120]), aufgetragen, welcher entweder die verfolgte Perſon von Angeſicht und Benehmen kennt oder doch durch mündliche Erläuterung des mitgegebenen Signalements eine klare Anſchauung von dem Subjecte hat. Wenn daher irgend die Kunde von dem eingeſchlagenen Wege richtig iſt[121]), ſo kann es kaum fehlen, daß der Thäter auf ſolche Art eingeholt wird. Man gibt dem die Nacheile vollziehenden Diener einen offenen Vorweis, eine Art von Paß[122]) mit, worin der Verfolgte eben ſo genau wie in einem Steckbriefe beſchrieben iſt, und worin zugleich alle Ortsvorgeſetzten und Gerichts- und Polizeibehörden, durch deren Bezirke er bei der Nacheile kommen dürfte, aufgefordert, beziehungsweiſe erſucht werden, ihn mit allen geſetzlichen Mitteln, behufs der Aufſpürung und Feſtnehmung des Inculpaten, zu unterſtützen. Der Name und Stand des Verfolgers iſt dabei jedesmal anzuführen.

Erſtreckt ſich der Plan der Nacheile nicht über die Grenzen des Unterſuchungsbezirkes hinaus, ſo bedarf es dieſer und anderer Förmlichkeiten in der Regel nicht, weil ja doch ein Jeder den Befehlen des Inquirenten hier Folge zu leiſten hat[123]); doch muß immerhin der Verfolger mit einem ſchriftlichen Decrete verſehen ſein, indem ſonſt der Inculpat ihm die Vollziehung ſeines Auftrages erſchweren[124]) könnte. Anders iſt es, wenn die Nacheile in auswärtige Gerichtsbezirke ausgedehnt werden ſoll. Der offene Vorweis muß hier dieſelben Data wie der Steckbrief enthalten, mithin auch namentlich die Angabe des Thatbeſtandes und des Verdachtsgrundes. Denn wenn gleich die auswärtige Behörde hier die Verhaftung nicht ſelbſt vollzieht, ſondern nur durch den abgeſandten Diener geſchehen läßt und mithin keine unmittelbare Verantwortung übernimmt, ſo kann ſie doch ihre Zuſtimmung nicht geben, wenn der Diener über Grund und Zweck ſeines Handelns keine officielle Auskunft zu ertheilen vermag.

Die Frage: ob und in wie weit auswärtige Behörden verbunden ſind, die Nacheile und Verhaftung in ihrem Bezirke zu dulden, beruht ungefähr auf denſelben Grundſätzen, wie die Lehre von der Auslieferung. Hierüber läßt ſich zwar philoſophiſch kein anderer Satz, als der aus dem

---

120) In wichtigen Fällen iſt es zweckmäßig, daß ſich der Inquirent ſelbſt, mit gehöriger Mannſchaft, auf den Weg macht; er iſt dann auch am beſten im Stande, die unterwegs ſich ergebenden Schwierigkeiten zu beſeitigen.

121) Stübel, das Criminalverfahren Bd. 3, §. 1584. Müller, Lehrbuch des Criminalprozeſſes S. 311, Anm. 1.

122) Bolley, Anweiſung zum Verfahren in Straſſachen S. 185. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswiſſenſchaft Bd. 3, S. 223.

123) Preuß. Criminalordnung §. 237, bayer. Strafgeſetzb. Th. 2, Art. 413, öſterr. Geſetzb. über Verbr. §. 484, empfehlen den Landesbehörden ausdrücklich willige Beihilfe an.

124) Wenn Jemand einem aus fremdem Gerichtsbezirke herübergekommenen Menſchen, der kein Decret in Händen hat, die Folgeleiſtung verweigerte, ſo würde darin nicht einmal der Thatbeſtand einer ſträflichen Widerſetzlichkeit zu erkennen ſein. Vgl. Mittermaier's Ausg. des Feuerbach'ſchen Lehrbuches des peinlichen Rechtes (Gießen 1840), S. 302, Note IX.

Gerechtigkeitsprincip abfließende, vertheidigen, daß nämlich alle Staaten[125]), im Innern, ſo wie gegen Außen, zur Handhabung der poſitiven Strafgeſetze bereitwillig beitragen[126]) ſollen, was in ihren Kräften ſteht; aber in der Praxis iſt die Sache ganz anders. Hier dringen alle völkerrechtlichen Deductionen nicht durch, wenn nicht Verträge oder Obſervanzen vorliegen, durch welche das Verhältniß geregelt iſt. Insbeſondere iſt die Auslieferung der wegen ſogen. politiſcher Verbrechen Angeklagten immer ſchwer zu erlangen, weil der auswärtige Staat ſich gewöhnlich als ein Aſyl[127]) für den mit den Einrichtungen eines anderen Staates Unzufriedenen anſieht. Frankreich, England und Nordamerika liefern nimmermehr einen politiſchen Flüchtling aus und in neuerer Zeit auch die Schweiz und Belgien nicht. In den teutſchen Bundesſtaaten iſt dieſer Punkt, ſo oft es ſich von einem Verbrechen gegen das Bundesſtaatsrecht[128]) handelt, unzweifelhaft, und ſchon die Errichtung einer Centraluntersuchungscommiſſion beweiſt factiſch, daß in ſolcher Beziehung die Auslieferung nie verſagt werden könne. Hinſichtlich der Verbrechen gegen die Einzelſtaaten möchte es jedoch auch in Teutſchland bei der Nacheile und Auslieferung auf die beſonderen Verträge[129]) ankommen.

Etwas Anomales liegt jedoch immer darin, wenn der Beauftragte eines fremden Gerichtes in den Bezirk kommt und hier Functionen der wichtigſten Natur ausübt, und es läßt ſich daher Manches dafür ſagen[130]), daß die Untergebenen des heimgeſuchten Bezirkes den Anforderungen des fremden Gerichtsdieners die Folgeleiſtung verweigern dürfen.

Um dieſer Colliſion vorzubeugen, ſollte die auswärtige Behörde, ſobald ſich der Verfolger bei ihr meldet, ihm immer eine weitere Legitimation zu Handen ſtellen, oder, was noch beſſer iſt, einen eigenen Diener beigeben, der alle Wege mitzumachen[131]) und den Vollzug jeder zur wirkſamen Nacheile dienenden Maßregel zu unterſtützen hat.

---

125) Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft (Neuſtadt a. d. O. 1836), S. 89—91.

126) Während der alten Reichsverfaſſung war die Nacheile gegen alle „Landfriedensbrecher und Räuber" vermöge R. A. v. 1548, §. 20, von 1555, §. 36, 37, und von 1559, §. 21, 22, erlaubt. Vgl. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 636. — Quiſtorp, Grundſätze des peinlichen Rechtes Th. 2, §. 824.

127) Die Aſyle im eigentlichen Wortverſtande oder „Muntaten" ſind ſeit lange bereits aufgehoben. Unter ihrem Schutze konnten ſich ehedem alle Verbrecher vor Strafe ſchützen, und das bamberger Stadtrecht vom 14. Jahrhunderte (1306—1333), §. 69, ertheilt ſogar den Bürgern den Rath, „ſo ſoll er ſich enthallten in eins Freihet oder in einer muntat oder anderswo, bis er zu gericht beleidet wurdt." Zöpfl, das bamberger Stadtrecht Anh. S. 22. S. auch Stübel a. a. O. §. 1580.

128) Bundestagsbeſchluß vom 30. September 1830.

129) Bauer, Lehrbuch des Strafprozeſſes §. 77, Ziff. 3.

130) Landbürgermeiſtern, Gendarmen und Localdienern kann nicht immer eine ſo richtige Einſicht in den Organismus des Criminalverfahrens zugetraut werden, daß ſie dem Anſuchen eines auswärtigen Richters ſofort Folge leiſten, und die geringſte Deliberation kann den ganzen Erfolg vernichten.

131) Eine dienſteifrige Behörde wird ſich die Mühe nicht verdrießen laſſen, eine Nacheile, die nur bis in ihren Bezirk ging, auf eigene Hand fortſetzen zu

Sobald der Geſuchte aufgefunden iſt, darf er, die Sache mag noch ſo dringend ſein, nicht ohne Weiteres an den Inquirenten abgeliefert werden, ſondern er muß vorerſt an das Gericht des fraglichen Sprengels transportirt, daſelbſt ſummariſch vernommen und erſt dann ausgeliefert werden, wenn dieſe Stelle die Erlaubniß dazu ertheilt.

6) Streifung[132]) (auch Streife, Streifzug, Streiferei) iſt im Grunde nur eine erweiterte Nacheile, nämlich das Ausgehen einer zahlreichen Mannſchaft[133]) unter Direction des Inquirenten, zu dem Zwecke, einen Verbrecher, den man in einer gewiſſen Gegend verborgen glaubt, mittelſt Durchſuchung aller Ländereien, Waldungen, Büſche und Ortſchaften, einzufangen.

Am beſten wird dieſe Maßregel durch Militär ausgeführt[134]), weil der Plan eigentlich ein ſtrategiſcher iſt, und zur Ausführung auch Muth gehört, indem dabei leicht Mann gegen Mann zu ſtehen kommen kann. Da jedoch das Militär zu Zwecken der Sicherheitspolizei nicht anders, als wenn es ſich um die Verfolgung ganzer Banden handelt, abgegeben wird, ſo muß man die Streifen in der Regel mit den Bürgern und Bauern anſtellen, welche den fraglichen Diſtrict bewohnen. Die Gendarmen ſind dann diejenigen, welche als Anführer der Abtheilungen und als Ordner des Zuges mitzuwirken haben. Der Inquirent, oder der requirirte Polizeibeamte, verabredet[135]) mit ihnen die Art der Aufſtellung, der Fortbewegung und die Endpunkte des Streifzuges, worauf dann das Aufgebot an die betreffenden Einwohner, gewöhnlich an die Altersclaſſen vom zwanzigſten bis zum ſechzigſten Jahre, und die Ausführung erfolgt.

Wenn die Anſtalten zweckmäßig und vorſichtig getroffen werden, auch die Spuren vom Thäter nicht gänzlich unſicher ſind, ſo erſcheint dieſe Fahndungsart zweckmäßig, indem ſie nicht nur eine große Anzahl von Verfolgern darbietet, ſondern bei den Bürgern und ihren Familien überhaupt ein unmittelbares Intereſſe an dem Unterſuchungszwecke anregt. Dennoch wird ſehr ſelten Gebrauch davon gemacht. Der Grund iſt darin zu ſuchen, daß theils die Erfahrung überall gelehrt hat, wie man

---

laſſen, wenn ſich nachträglich Spuren von dem Wege des Flüchtlings ergeben. Ein bemerkenswerthes Beiſpiel ſ. bei v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Unterſuchungskunde Bd. 2, Nr. 66.

132) Mit Unrecht übergehen faſt alle Lehrbücher des Strafverfahrens dieſes Inſtitut gänzlich: denn wenn es auch in der Ausführung einen mehr polizeilichen als criminellen Charakter hat, ſo muß doch der Anſtoß und die Angabe der Richtungen immer vom Inquirenten ausgehen. Vgl. übrigens Müller, Lehrbuch des Criminalproz. S. 286. v. Jagemann, Handbuch Bd. 1, §. 64—67, Bd. 2, Nr. 68, 69. Bolley a. a. O. §. 104.

133) Die Streife iſt wohl ein Ueberbleibſel der alten teutſchen Landfolge. Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. S. 124.

134) Vgl. v. Berg, Handbuch des teutſchen Polizeirechtes Th. 1, S. 258. — Mohl, die Präventivjuſtiz oder Rechtspolizei (Tübingen 1834), S. 244, 260, 272.

135) Daß einer von dieſen Beamten ſelbſt als Dirigent mitgehe, iſt beſonders wünſchenswerth, weil ſonſt leicht die aufgebotene Mannſchaft den Gendarmen nicht gehörig Folge leiſten möchte.

es größtentheils mit ungeſchickten oder feigen Menſchen zu thun hat, die mehr verderben, als gut machen, weil die Verfolgten, wenn ſie einmal dem Streifzug entgangen ſind, nur um ſo ſicherer und frecher[136]) werden. In der That iſt es auch eine ziemlich harte Zumuthung für die Landbewohner, dieſe polizeilichen Functionen mit Hintanſetzung ihrer eigenen Geſchäfte zu vollbringen. Wo eine gehörig organiſirte Landwehr beſteht, mag es weniger Bedenklichkeiten unterliegen, einen Streifzug anzuordnen und zwar ſchon deßhalb, weil hier jeder wehrhafte Mann auch mit einer Wehre verſehen iſt, wo hingegen die gewöhnlichen Bauern ſelten eine Waffe beſitzen und daher mit Stöcken und Knüppeln ausziehen, wovor ſich determinirte Verbrecher nicht wohl fürchten können.

Man beſchränkt daher die Streifung[137]) im Criminalprozeſſe auf bedeutende Capitalverbrechen, namentlich bei Raub und Raubmord.

7) Das Ausſetzen einer Fanggebühr[138]) darf unter den Fahndungsmitteln nicht vergeſſen werden, weil damit die Gewinnſucht angeregt wird, vermöge welcher bekanntlich der große Haufe überall die größte Thätigkeit entwickelt. Man verſteht darunter eine öffentliche Bekanntmachung durch die Zeitungen, durch Placate oder durch die Schelle, worin einem Jeden aus dem Publicum, dem es gelingen ſollte, eine Spur des Thäters ausfindig zu machen und anzugeben, welche auf deſſen Ueberweiſung führen würde, oder Jedem, welcher den Thäter ſelbſt ergreifen und an die Behörde abliefern würde, eine Summe Geldes als Belohnung verſprochen wird.

Man würde die Sache von einer falſchen Seite betrachten, wenn man darin etwas Gehäſſiges, nämlich einen Aufruf zur Denunciation erkennen wollte[139]). Eine Anzeige und eine Denunciation ſind bekanntlich zwei ganz verſchiedene Dinge. Man will nicht ein heimliches Anbringen, nicht eine allgemeine Spionerie, ſondern blos die redliche Mit-

---

136) Bolley a. a. O. S. 185, führt den Fall an, wo Gauner, die man durch die Streife ſuchte, unter die Mannſchaft ſich einſchlichen und den ganzen Zug unbemerkt mitmachten, weßhalb er auch anräth, die Streifer ſelbſt ſtets im Auge zu haben und zu muſtern.

137) Soll ſich dieſelbe über den Bezirk des Unterſuchungsgerichtes hinaus erſtrecken, ſo muß Legitimation der Oberpolizeibehörde eingeholt werden.

138) v. Jagemann, Handbuch Bd. 1, §. 66. Dieſes Mittel, deſſen Erfolge oft über alle Erwartung gehen, wurde bisher von der Prozeßtheorie nicht genug beachtet.

139) Höchſt merkwürdig iſt in dieſer Beziehung die Anſicht des freiſinnigen Britten Bentham, mitgetheilt von Hepp in der Schrift: Bentham's Grundſätze der Criminalpolitik (Tübingen 1839), S. 156: Denkt man ſich einen Staat, in welchem jeder Bürger ſeine Pflicht erfüllte, ſo würde ein Jeder, welcher einen Beweis eines verübten Verbrechens in Händen hätte, als Denunciant gegen den Thäter auftreten. Allein unglücklicherweiſe iſt dieß eine Pflicht, der ſich zu entziehen Jedermann nur allzugeneigt iſt, entweder aus einem übelverſtandenen Mitleiden mit dem Delinquenten, oder aus Mißbilligung dieſes oder jenes Geſetzes, oder aus Furcht, ſich Feinde zu machen, oder aus Indolenz, oder endlich, wie dieß bei den mehrſten Menſchen der Fall iſt, weil ſie ihre gewöhnlichen Beſchäftigungen nicht ohne Verluſt unterbrechen können und mögen.

wirkung aller Bürger, denen es um Erfüllung der Zwecke der Gerechtigkeit zu thun iſt, veranlaſſen, und die Fanggebühr würde nicht erforderlich ſein, wenn nicht der Eifer für die öffentliche Rechtspflege in unſeren Tagen ſo ſehr erkaltet wäre, daß die Meiſten, ohne die Ausſicht auf Entſchädigung für Zeit, Mühe und Gefahr, ſich zu nichts verſtehen würden.

Gleichwohl pflegen die Staatscaſſen keine Fanggebühren gut zu heißen und auszubezahlen, wenn es nicht öffentliche Diener ſind, die den Anſpruch darauf machen, wie namentlich Gendarmen und Polizeidiener.

Dagegen kann es wohl keinem Damnificaten verwehrt ſein, eine Fanggebühr aus eigenen Mitteln[140]) demjenigen zuſichern zu laſſen, der ihm zur Entſchädigung verhilft. Es kann hiervon alſo nur bei Eigenthumsverbrechen die Rede ſein, z. B. beim Diebſtahl, beim Raube und bei boshafter Beſchädigung. Würde man ſolche Privatzahlungen auch auf andere Verbrechen ausdehnen, ſo würde gewiſſermaßen das Racheſyſtem[141]) wieder eingeführt ſein, wozu der Inquirent nie die Hand bieten kann.

Die Größe der Summe, welche dem Entdecker auszuzahlen iſt, richtet ſich nach der Natur des Verbrechens; in ganz wichtigen Fällen kann man wohl nicht unter funfzig Thalern oder Gulden honoriren, und auch öffentliche Diener ſollten nicht geringer abgefertigt werden.

Uebrigens muß man nicht immer allzuſtreng darauf halten, daß durch die Anzeige gerade eine vollſtändige Ueberweiſung bezweckt werde, wenn nur der rechte Inculpat und die corpora delicti beigebracht werden.

8) Hausſuchung[142]) iſt gleichfalls ein Mittel, eine verdächtige Perſon aufzuſpüren und zu ergreifen; ſie wird aber äußerſt ſelten in dieſer Abſicht angewendet. Man verſteht darunter die Durchſuchung von Gebäuden bis auf die untergeordnetſten Räume, wo ein Menſch ſich aufhalten könnte[143]). Ein ſolches Verſtecken der Perſonen, eine ſolche Beihilfe der Mitbewohner wird aber kaum anders als bei ſogenannten politiſchen Verbrechen vorkommen. Es gehört übrigens dazu, wenn

---

140) v. Jagemann a. a. O. Bd. 2, Nr. 70. Eine rechtliche Verbindlichkeit kann jedoch nicht aus einem ſolchen Verſprechen abgeleitet werden, weil vielmehr der Anzeiger, wie Bentham (ſ. vor. Note) richtig bemerkt, nur ſeine Pflicht thut, für welche er keine Bezahlung verlangen kann.

141) Richter, das philoſophiſche Strafrecht, begründet auf die Idee der Gerechtigkeit (Leipzig 1829), S. 160, 161.

142) Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechtes §. 536. — Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. §. 84. — K. A. Weiske, Handb. des Criminalproz. (Leipzig 1840), §. 149.

143) Hausſuchung kann es nicht genannt werden, wenn die Gendarmen in ein Haus eintreten, um ein Individuum, das ſich nicht verborgen hält, abzuholen. Dieß geſchieht namentlich oft in Wirthshäuſern. Müßte man in ſolchen Fällen dem Hauseigenthümer jedesmal die Bedingungen der Hausſuchung im engeren Sinne nachweiſen, ſo wäre die Criminalpolizei dabei ungemein gehemmt. Mittermaier, das teutſche Strafverf. Bd. 1, S. 335. Bayer. Strafgeſetzbuch Th. 2, Art. 252.

auch ein Verhaftsbefehl ausgefertigt iſt, außerdem noch ein richterliches Decret, welches die Hausſuchung förmlich verordnet.

Von der Hausſuchung nach Objecten, welche die hauptſächlichſte im Criminalprozeſſe iſt, wird noch ausführlich die Rede ſein, und die dort anzugebenden Förmlichkeiten ſind auch hier anwendbar; nur möchte zu rechtfertigen ſein, daß man in Bezug auf den Hausbeſitzer, wenn er nicht etwa ſelbſt der Inculpat iſt, hier weniger Bedenklichkeit zu haben braucht, als bei der Aufſuchung von Objecten: denn es iſt wohl an ſich klar, daß das Suchen einer verdächtigen Perſon denjenigen, der ſie etwa verbirgt, in der öffentlichen Meinung wohl nie in ein zweideutiges Licht ſtellen kann, wie das Verbergen eines corpus delicti. Im letzteren Falle, beſonders bei Eigenthumsverbrechen, knüpft ſich immer der Verdacht daran, daß der Hausbeſitzer unmittelbarer Theilnehmer ſei, während die Aufnahme eines verfolgten Menſchen als die Geſtattung eines Aſyls[144]), mithin als ein Werk des Mitleids und der Barmherzigkeit, angeſehen zu werden pflegt.

II. Arten der Fahndung auf Objecte der That.

Faſt in jedem Criminalprozeſſe kommen Anläſſe vor, Gegenſtände aufzuſuchen, an welchen oder mit welchen das Verbrechen verübt worden iſt[145]); es iſt daher dieſer Abſchnitt von der erheblichſten Bedeutung, und es muß die Bemerkung wiederum vorausgeſchickt werden, daß der Inquirent, wenn er irgend erhebliche Reſultate gewinnen ſoll, darin nicht über die Gebühr beſchränkt werden darf.

Vor allem kommt hier wieder in Betracht:

1) Die Hausſuchung (perscrutatio s. perquisitio domestica[146])). Hinſichtlich des Verdachtsgrades, der zur Anwendung dieſer Maßregel erforderlich wird, iſt oben ſchon einleitungsweiſe das Weſentliche geſagt, und es modificirt ſich jene Vorbedingung hier ſpeciell ſo: daß ein Verdacht vorhanden ſein muß, daß in einem gewiſſen Hauſe oder Häuſerdiſtricte ein Gegenſtand aufbewahrt ſei oder verborgen liege, der

---

144) S. oben Note 127. Ferner Bolley, Anweiſung zum Verfahren in Strafſachen §. 113.

145) So z. B. beim Morde und Todtſchlag, ſo wie bei jeder Körperverletzung, die gebrauchte Waffe oder die Kleider, welche der Inculpat dabei trug, wegen etwaiger Blutſpuren; bei den Eigenthumsverbrechen die entwendeten oder beſeitigten oder böslich erworbenen Gegenſtände; bei Fälſchungen und Pasquillen die ſchriftlichen Documente; ebenſo auch oft bei Staatsverbrechen die Correſpondenzen, Statuten u. dgl.; beim Münzverbrechen die Apparate und verfertigten Geldſtücke; bei der Brandſtiftung die Vorräthe von Brennſtoffen. — Nur die Fleiſchesverbrechen und der Meineid bieten in der Regel ſolche Beweismittel nicht dar.

146) Ihringk, de perscrutatione domestica. Marb. 1695. Ohlenroth, von der Hausſuchung. Wittenberg 1759. Pfannenberg, diss. de perscr. domestica. Lips. 1812. Kleinſchrod, im a. Archiv des Criminalrechtes Bd. 2, St. 3, Abh. 4. v. Jagemann, im n. Archiv des Criminalrechtes Jahrg. 1837, Hft. 1, S. 118 flg. Kitka, über die Erhebung des Thatbeſtandes (Wien 1831), §. 73—75. Oeſterr. Geſetzb. Th. 1, §. 272. Preuß. Criminalordn. §. 125—131. Bayer. Strafgeſetzbuch Th. 2, Art. 251—258.

zur Unterſuchungsführung als Beweisſtück nothwendig oder dienlich erſcheint. Ob derſelbe eine hauptſächliche oder nur adminiculirende Bedeutung habe, kann nur in ſo weit bei dem Verhalten des Richters einen Unterſchied machen, als man wegen Objecten letzterer Art gegen Hausbeſitzer von ganz unbeſcholtenem Rufe etwas zögernder verfährt, weil es ja auch ſein könnte, daß der geringe Werth, den man dem fraglichen Gegenſtande beimißt, zu nichts herabſinken möchte, wenn man ihn wirklich findet, wo es alsdann in keinem Verhältniſſe ſtünde, daß der Hausbeſitzer ſo ſehr beläſtigt und verdächtigt wurde[147]).

Es ſind zu unterſcheiden die General- und Specialhausſuchung, oder die allgemeine und die beſondere.

Zur Generalunterſuchung ſchreitet man gewöhnlich alsdann[148]), wenn ein Gegenſtand beizuſchaffen iſt, wovon man actenmäßige Spur hat, daß er ſich in einer gewiſſen Gegend befinde, ohne beſtimmtere Data über das einzelne Haus, in dem er liegen mag, wie z. B. wenn eine gewiſſe Straße, ein Häuſerviertel oder ein Bauernhof oder ein ganzes Dorf als der Ort der Verbergung angegeben iſt. Nicht minder gehört dahin die Viſitation bei einer gewiſſen Claſſe von Menſchen, unter denen nach Inhalt der Acten Einer oder der Andere etwas zur Sache Gehöriges beſitzen möchte, wie z. B. bei allen Wirthen, Schuhmachern, Schneidern u. ſ. w.[149]).

Die Praxis, hierin mehr von polizeilichen als von prozeſſualiſchen Grundſätzen ausgehend, pflegt es mit dergleichen Hausſuchungen nicht ſonderlich ſtreng zu nehmen, in der Meinung, daß gerade deßhalb, weil auf keinen ſpeciellen Hausbewohner ein Verdacht geworfen werde, auch keiner Grund habe, ſich zu beſchweren. Dieß iſt aber gänzlich irrig.

Fürs Erſte kann man verlangen, daß der Inquirent bei dem Verdachte gegen einen ganzen Diſtrict nicht ſtehen bleibe, ſondern denſelben weiter verfolge und zur Specialität zu bringen ſuche, bevor er die Bürger mit einer Hausſuchung beläſtigt. Wenn aber auch auf dieſem Wege kein deutlicheres Licht über die Sache verbreitet werden kann, ſo glaube man doch ja nicht, daß die Generalhausſuchung eine ſo leicht zu rechtfertigende Handlung ſei. Die Störung des häuslichen Friedens, der Eingriff in das Hausrecht iſt einmal wie das andere Mal gleich ſtark, ob man in einem oder in zwanzig Häuſern Nachſuchung pflegt[150]).

Ferner iſt ja dieß gerade der wunde Fleck des Criminalprozeſſes, daß mitunter die ſtaatsbürgerlichen Urrechte angetaſtet werden müſſen, ohne

---

147) Ueber die großen Beſchränkungen dieſes Fahndungsmittels in England vgl. Mittermaier a. a. O. §. 65, Note 11. Wie weit dagegen das franzöſiſche Recht hierin den Spielraum des richterlichen Ermeſſens ſteckt, lehrt der Code d'instr. crim. Art. 16, 36, 46, und beſonders 87, 88.

148) v. Jagemann, die Vorbedingungen der Hausſuchung, a. a. O. S. 128—132. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 610.

149) v. Jagemann, Handbuch Bd. 2, Nr. 84.

150) Hiernach iſt die Meinung mancher Prozeßlehrer, z. B. Müller, Lehrb. S. 287, 288, welche dahin geht, daß die Generalhausſuchung weniger Bedenken gegen ſich habe als die Specialhausſuchung, zu berichtigen.

daß der Unterſuchungsrichter ſeines Erfolges vollkommen gewiß wäre[151]). In dieſe mißliche Lage muß er ſich daher ſo ſelten wie möglich verſetzen und lieber manche Gelegenheit oder vielmehr entfernte Möglichkeit, etwas zur Unterſuchung Dienliches aufzufinden, unbeachtet laſſen, als eine allgemeine Hausſuchung vornehmen, bei welcher vorausſichtlich eine Maſſe unſchuldiger Menſchen in's Mitleiden gezogen werden[152]). Wenn auch nicht zu beſorgen iſt, daß jeder davon Berührte im Publicum ſofort als ein Theilnehmer des Verbrechens angeſehen werde, ſo iſt ſchon dieß Eine unangenehm genug, ſich nachſagen laſſen zu müſſen, daß man bereits mit einer Hausſuchung überraſcht worden ſei. Was aber noch hauptſächlich der Generalhausſuchung entgegenſteht, iſt die Erfahrung, daß ſie nur dann einen Erfolg haben kann, wenn der ſie vollziehende Inquirent mit einer ſehr großen Anzahl von Unterbeamten und Dienern ausgerüſtet iſt[153]). Dieß wird noch mehr in die Augen fallen, wenn gleich nachher von der Ausführung die Rede iſt. Ein Beamter hat ſich aber, wenn es ihm um Anſehen und Würde zu thun iſt, vor nichts mehr zu hüten, als vor Handlungen, wobei er ſich lächerlich machen könnte. Wenn ein ganzer Diſtrict ſo langſam und unvorſichtig durchſucht wird, daß jeder Laie überzeugt ſein kann, wie hierbei nichts herauskommen könne, ſo iſt es wahrlich beſſer, man unterläßt die ganze Maßregel.

Generalhausſuchung hat am wenigſten Bedenklichkeiten gegen ſich, wenn ſie in einer an und für ſich ſchon verrufenen Gegend, wie es faſt in allen Städten Viertel und Straßen giebt, vorgenommen wird, weil alsdann das geſetzliche Indicium des ſchlechten Leumundes[154]) unterſtützend hinzutritt.

So oft ein Capitalverbrechen ſich ereignet, kann man dieſe Maßregel gleichfalls anordnen, wenn irgend eine Spur in einer Gegend nachgewieſen iſt, wovon ein beſſeres Fundament für die Unterſuchung zu erwarten wäre. Jener Satz, daß von den Staatsbürgern mitunter ein

---

151) S. oben Note 13, 14, 44.

152) Man kann ſich auch gehäſſigen Anklagen wegen Amtsmißbrauches damit ausſetzen, beſonders wo noch das gemeine Recht gilt. Carpzov, pract. rer. crim. p. III. quaest. CXXVII. nr. 13.: Generalis exstat regula: quod iudex partes enormiter laedens teneatur in syndicatu.

153) Iſt der zu durchſuchende Diſtrict nur etwa 10 Familien ſtark, ſo braucht man dazu ſchon wenigſtens 12 Gehilfen, nämlich 10 zur Bewachung einer jeden Familie und 2 zum Nachſuchen.

154) Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 2, §. 131, erhebt zwar mit Recht große Bedenken gegen die Annahme eines ſchlechten Leumundes nach dem Inhalte der oft leichtfertig ausgeſtellten Atteſtate der Localbehörden. Aber wenn der Beweis einmal unumſtößlich, z. B. durch frühere Acten, vorliegt, ſo ſollte doch kein Anſtand mehr gegen die Hausſuchung erhoben werden, wenn auch weitere Indicien im erſten Augenblicke noch nicht erbracht werden können. Mittermaier a. a. O. Th. 1, S. 336, führt auch keinen Grund an, warum ein übelberüchtigter Menſch mit der Hausſuchung verſchont werden ſoll. Es genügt wohl, wenn er eine Perſon iſt, zu der man ſich der That verſehen kann. P. G.-O. Art. 25, §. 1 u. 4. Kitka, die Beweislehre im öſterreichiſchen Criminalſtrafprozeſſe §. 112.

Opfer gebracht werden müſſe, um die Zwecke der Unterſuchung möglichſt zu realiſiren, findet natürlich bei ſolchen Verbrechen eine weit unbeſchränktere Anwendung, wie bei niederen Vergehen. Je wichtiger die Sache, deſto williger muß man das Seinige zur Aufklärung beitragen.

Die *Specialhausſuchung* iſt eine Gerichtshandlung, wodurch die betreffenden Perſonen ohne Zweifel ſehr auffallend in Verdacht geſtellt werden. Dennoch kann man nicht ebenſo dringende Anzeigungen dazu verlangen, wie zur Verhaftung. Schon die Natur der Sache widerräth dieſes, indem die Verhaftung häufig erſt eine *Folge* des Reſultates der Hausſuchung iſt.

Nur auf das Eine muß man entſchieden halten, daß eine Specialhausſuchung niemals auf den bloßen Verdacht wegen eines Verbrechens im allgemeinen ſtattfinden dürfe, und ſei dieſer Verdacht auch noch ſo ſtark; es muß vielmehr ein Verbrechen in Frage ſtehen, welches nicht wohl ohne Ergreifung eines *Objectes* oder nicht ohne Anwendung von *Werkzeugen*[155]) geſchehen kann; es muß ferner als *wahrſcheinlich* hergeſtellt ſein, daß in einem gewiſſen Hauſe dergleichen Dinge aufbewahrt ſeien; endlich muß es auch als ausgemacht zu betrachten ſein, daß auf *anderem* Wege, wie z. B. durch Aufforderung an den Beſitzer zur Herausgabe oder durch einfache Abholung, *nicht* zu der Sache zu gelangen wäre[156]). Iſt man auch zu einem empfindlichen Mittel berechtigt, ſo wendet man es nicht eher an, als wenn es nicht durch ein gelinderes erſetzt werden kann. Es kommt alſo hier vorzugsweiſe wieder auf den Charakter der Perſon an, bei welcher man den Gegenſtand vermuthet. Nicht immer iſt der Aufbewahrer eines zur Unterſuchung gehörigen Stückes deßhalb allein ſchon als verdächtig zu betrachten, und je ſchonender ſolche Menſchen behandelt werden, deſto eher kann man von ihnen etwas erfahren und erhalten.

Bei der *Vollziehung* der erkannten Hausſuchung beſtehen wieder verſchiedenartige Anſichten. Die Meiſten glauben, daß jedesmal und ohne Ausnahme der *Unterſuchungsrichter in Perſon* dabei mitwirken müſſe[157]).

Die Wahrheit liegt hier wieder in der Mitte. Es kommen allerdings Fälle vor, wo die Hausſuchung nicht wohl anders, als in Gegenwart des Unterſuchungsrichters vorgenommen werden darf, wie namentlich 1) wenn ein *Augenſchein* damit verbunden wird. Niemand Ande-

---

155) Hauptſächlich Verbrechen der *Gewalt* ſind hierher zu rechnen. *Abegg*, Lehrb. der Strafrechtsw. §. 185.

156) Daß dieſes äußerſt ſelten der Fall iſt, weiß jeder Praktiker; es verdient daher keine Beiſtimmung, wenn *Mittermaier* in *Richter's* krit. Jahrb. für teutſche Rechtsw. Jahrg. 1838, S. 984, als *Regel* aufſtellen will, daß man *vor* der Hausſuchung *jedesmal* den Hauseigenthümer über den *Grund* derſelben vernehmen ſoll. Dadurch würde oft die koſtbarſte Zeit zur Hauptſache, nämlich zur Hausſuchung ſelbſt, verloren.

157) *Völker*, in der Zeitſchrift für teutſches Strafverf. Bd. 1, S. 182 flg.: Iſt es nothwendig, daß der Unterſuchungsrichter bei jeder Hausſuchung perſönlich mitwirke und ihr anwohne?

res, als der Richter[158]), kann einen Augenſchein vornehmen. Mag alſo damit was immer für ein Geſchäft verbunden werden, ſo iſt der Augenſchein die Hauptſache, und jedes andere Geſchäft richtet ſich nach den Formalitäten desſelben.

2) Eine Generalhausſuchung erfordert die fortwährende Anweſenheit und unmittelbare Direction des Inquirenten[159]), weil ſie viel zu weit in die Hausrechte der Bürger eingreift, als daß ſie dem Gutdünken der Unterbedienten überlaſſen werden könnte. Wo man es mit ſo vielerlei Perſonen zu thun hat, kann man keine beſtimmte Inſtruction im voraus geben; jeden Augenblick können ſich Anſtände ergeben[160]), worüber raſch entſchieden werden muß. Vorzüglich aber bedarf es einer dirigirenden Hand, welcher Alle untergeben ſind, damit nicht durch Zweifel und Widerſpruch das ganze Verfahren aufgehalten, ja vereitelt werde.

3) So oft eine Specialhausſuchung ſtattfinden ſoll, wobei man auf ſehr werthvolle oder ſubtile Gegenſtände ausgeht, iſt wiederum die Anweſenheit des Richters nothwendig, um deſto mehr Garantie zu haben, daß eine der Wichtigkeit des Falles angemeſſene Genauigkeit beobachtet wird. Zu dieſen Gegenſtänden ſind beſonders Urkunden und Literalien zu rechnen[161]). Selbſt dem gewandteſten Gendarmen darf man ſo feine Sachkenntniß nicht zutrauen, daß er alle Handſchriften leſen und unterſcheiden könnte, von welchem Belang ſie ſeien. Ferner iſt auch eine beſondere Discretion und Aufſicht dabei zu wünſchen, damit Briefe u. dgl., die nicht zur Sache gehören, ſofort ungeleſen aus der Hand gelegt werden.

4) Häufig iſt die Beobachtung der Hausbewohner, bei welchen viſitirt wird, noch wichtiger, als die Viſitation ſelber, weil ſich daraus, ob die Nachſuchung ein Reſultat liefere oder nicht, jedenfalls pſychologiſche Indicien ableiten laſſen. Auffallende Erſcheinungen dieſer Art wird ein Jeder, alſo auch ein Gerichts- oder Polizeidiener, wahrnehmen und referiren können, aber gerade die halbwegs kund gegebenen, die ſich wider Willen verrathenden Züge und Bewegungen der Seele, welche nur ein gebildeter Pſycholog verſtehen kann, ſind oft am intereſſanteſten[162]).

5) Wo der Richter Trotz oder gar Widerſetzlichkeit erwarten zu müſſen glaubt, ſoll er gleichfalls der Hausſuchung beiwohnen, damit

---

158) v. Jagemann, in der Zeitſchrift für teutſches Strafverfahren Bd. 1, S. 330 flg.

159) v. Jagemann, im Archiv des Criminalrechtes Jahrg. 1837, S. 130.

160) Völker a. a. O. S. 190, legt auf dieſe Rückſicht nicht Werth genug und dürfte überhaupt darin, daß er die Generalhausſuchung für eine rein polizeiliche Maßregel anſieht (S. 189), keine Beiſtimmung verdienen.

161) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 616.

162) Hierüber darf zum Nachleſen empfohlen werden, was Brauer in der eben erwähnten Zeitſchrift Bd. 1, S. 214—219, ſagt. S. auch Engau, ius crim. §. XCII. nr. 4.

er durch ſeine Autorität die Anſtände augenblicklich beſeitigen kann[163]); wie z. B. wenn die Oeffnung einer Stube oder eines Behälters[164]) ſtandhaft verweigert wird, oder wenn ein Hausbewohner wegen fortgeſetzter Unbotmäßigkeit ſofort verhaftet werden muß, wozu die Gerichtsdiener allein nicht berechtigt wären.

6) Endlich wird auch dann der Inquirent wohlthun, zur Hausſuchung mitzugehen, wenn *vielerlei* Sachen geſucht werden, und mithin die Beſchreibung ſo detailirt ausfallen kann, daß es doch am Ende nöthig werden möchte, den Rapport der Subalternen, welche allein die Hausſuchung ausführten, an Ort und Stelle aufzunehmen.

In dieſen und ähnlichen Fällen wird jeder Praktiker beiſtimmen, daß der Inquirent ganz oder doch theilweiſe, nämlich zum Anfang und zum Ende, bei dem Geſchäfte zugegen ſein ſoll. Aber das Verlangen Mancher[165]), daß der Richter bei *jeder* Hausſuchung ohne Ausnahme und unausgeſetzt perſönlich mitwirken ſolle, müſſen die Männer der Erfahrung, als durchaus zu weit gehend und mit den übrigen Geſchäften unvereinbar, zurückweiſen. Unter drei Unterſuchungsfällen kommt gewiß immer einer vor, wo Hausſuchung nothwendig wird; denn die Verbrechen gegen das Eigenthum und gegen die Perſon, mithin ſolche, wo entwendete Objecte oder Werkzeuge des Angriffes geſucht werden müſſen, ſind bei weitem die häufigſten.

Als mittleren Zeitaufwand für eine Hausſuchung darf man, die Reiſe an auswärtige Ortſchaften mitgerechnet, wohl vier Stunden rechnen. Rechnet man nun auf ein Criminalreſpiciat im Durchſchnitte jährlich einhundert funfzig neue Unterſuchungen, ſo hat man in funfzig Fällen die Hausſuchung nöthig, welches nach jenem Durchſchnitte einen Zeitaufwand von vierhundert Stunden jährlich macht, ſo daß alſo jeden Tag mehr als eine Geſchäftsſtunde für Hausſuchungen abſorbirt würde.

Daß eine ſolche Hingebung für ein *Neben*geſchäft[166]) nicht anders als zum entſchiedenen Nachtheile der Hauptgeſchäfte, wo meiſtens die Stunden gezählt ſind, um nur die nöthigſten Verhöre abzuhalten, ſtattfinden könnte, muß in die Augen ſpringen. Schon aus dieſem Grunde

---

163) Es gehört zu dem *Unangenehmſten*, was einem Unterſuchungsrichter begegnen kann, wenn bei einer ſolchen, im Publicum ohnedieß meiſtens mit mißgünſtigen Augen angeſehenen, Handlung irgend ein Scandal durch lautes Geſchrei, durch Drohung oder Anwendung der Waffen ſich ereignet. Die Subalternen wiſſen gar oft nicht mit der gehörigen Delicateſſe zu verfahren.

164) *Claproth*, Einleitung in ſämmtl. ſummar. Prozeſſe §. 531, Nr. 4.

165) *Mittermaier* z. B. beharrt auch in der neueſten Ausg. ſeines teutſchen Strafverfahrens (1840) Th. 1, S. 338, auf dieſer Forderung. Man könnte aber auf die dort angeführten Gründe fragen: warum der Richter nicht eben ſowohl eine noch weit wichtigere Handlung, die *Verhaftung*, ſtets in Perſon vornehmen ſolle? Auch hilft aller Widerſpruch hierin nichts mehr, indem die *Praxis* längſt und in allen teutſchen Ländern dieſe Frage in obigem Sinne entſchieden hat.

166) Daß die Hausſuchung nicht zu den ſogen. Haupthandlungen gehöre, hat nachgewieſen *Bölker* a. a. O. S. 188.

alſo, weil es bei der gegenwärtigen Beſetzung der Unterſuchungsgerichte geradezu unmöglich iſt[167]), wird man ein unbedingtes Gebot für den Inquirenten, jeder Hausſuchung perſönlich anzuwohnen, ferner nicht vertheidigen wollen. Es iſt aber außerdem auch, jene Fälle ausgenommen, gar nicht nothwendig, und kommt eigentlich nur darauf an, ob dem Inquirenten Leute zur Verfügung ſtehen, welchen er einen ſolchen Auftrag unbedenklich ertheilen kann, und ſeine perſönliche unmittelbare Mitwirkung iſt eine rein discretionäre Obliegenheit. Unter ſeiner Verantwortlichkeit[168]) wird eine jede Hausſuchung vorgenommen, und mithin wird er ſelbſt darauf bedacht ſein, die Formen beſtens zu wahren[169]). So iſt es auch jedesmal ſeine Aufgabe, das Protocoll über den Hergang, ſei er ſelbſt zugegen geweſen, oder empfange er blos eine Meldung der Beauftragten, genaueſtens aufzunehmen. Eben wegen der beweiſenden Kraft iſt es auch nothwendig, daß da, wo der Richter nicht ſelbſt mitgeht, wenigſtens zwei öffentliche Diener, die nöthigenfalls auch als authentiſche Zeugen dienen könnten, zuſammenwirken.

Noch iſt zu bemerken, daß keine Hausſuchung anders vorgenommen werden darf, als im Beiſein des Hausbeſitzers, oder Wohnungsherrn[170]), oder doch eines mündigen Familiengliedes, oder, wo dieſe alle nicht anzutreffen ſind, eines ernannten Stellvertreters.

2) Nachgrabung[171]) nach Leichnamen und ſonſtigen Gegenſtänden nennt man die unter gerichtlicher Autorität ausgeführte Oeffnung des Erdbodens an einer gewiſſen Stelle, wo man verſcharrte corpora delicti oder Beweisſtücke zu finden vermuthen darf.

Unſtreitig iſt dieſe Maßregel eine der ſchwierigſten, indem nur ſelten der Punkt des Verſteckes genau genug bezeichnet iſt, daß man geradezu darauf hinarbeiten könnte, und indem ferner das Nachgraben ſelbſt eine ungewöhnliche Vorſicht erfordert, damit nicht die Gegenſtände, wenn man

---

167) Derſelbe Grund beſtimmte auch von Schwarzenberg, in der p. G.=O. Art. 73 zu verordnen: Wo aber auß mangel verſtendiger Perſonen des peinlichen gerichts durch Commiſſari außerhalb des gerichts, wie oben davon geſchrieben ſteht, kundſchafft verhört würde, alſo daß auff jr zuſammen bringen, überiger unkoſt und verzug gehen würde; dieweil denn jr verſammlung zu eyner jeden ſolchen Handlung nit fürtreglich noch von nöten iſt, ordnen und wöllen wir u. ſ. w.

168) Stübel, Criminalverf. §. 1868, ſetzt ganz richtig das Weſen der Form darein, daß die Handlung unter richterlicher Autorität vor ſich gehe. Vgl. auch §. 1872, 1874—1879.

169) So hat denn auch neuerdings Henke, Bd. 4, S. 610—612, die Sache aufgefaßt, und gewiß wird er darin den Beifall aller Praktiker erhalten. Vgl. auch Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 88, Nr. 1.

170) Kleinſchrod, im a. Archiv des Criminalrechtes Bd. 2, S. 52. Kitka, über Erhebung des Thatbeſtandes §. 73, Nr. 5 u. 8.

171) v. Jagemann, Handb. Bd. 1, §. 86. Bd. 2, Nr. 82, 83. Die meiſten Prozeßlehrbücher übergehen auch dieſe, gewiß nicht unwichtige, Handlung ganz.

darauf ſtößt, namentlich etwaige Leichname [172]), verletzt werden. Eben deßhalb muß der Inquirent hier von Anfang bis zu Ende *gegenwärtig* ſein, und zwar auch deßhalb, weil immer ein *Eingriff in Eigenthumsrechte* damit verbunden iſt. Will ſich der Grundbeſitzer die Antaſtung ſeines Bodens nicht gefallen laſſen, ſo kann der Inquirent auf den Anhalt actenmäßiger Vermuthungsgründe die Oeffnung erzwingen.

Iſt es ein *Leichnam*, der geſucht wird, ſo müſſen immer die *Gerichtsärzte* beigezogen werden: denn es darf der Körper, wenn er gefunden iſt, nicht ſofort herausgenommen werden, ſondern es muß eine Beſchreibung der Lage und Beſchaffenheit in der Grube vorausgehen. Dann folgt erſt die eigentliche Inſpection und endlich das Gutachten der Aerzte [173]).

3) *Die Beſchlagnahme der Papiere* [174]) iſt eine Art von Fahndung auf *Urkunden*, die zum Criminalbeweiſe dienen können, und die man auf anderem Wege gar nicht oder doch nicht in ihrem gegenwärtigen Zuſtande zu erhalten hoffen dürfte.

Das Erſte, was dazu erfordert wird, iſt daher eine juriſtiſche Wahrſcheinlichkeit, daß auf die Unterſuchung bezügliche Papiere *vorhanden* ſeien [175]); es darf alſo die Maßregel nicht in eine polizeiliche Neugierde ausarten, ſondern ſie muß in directem Zuſammenhange mit der fraglichen Unterſuchung ſtehen. Gegen einen Dieb oder Todtſchläger oder Päderaſten darf alſo, wenn nicht beſondere Correſpondenzen in Bezug auf die That ausnahmsweiſe [176]) vorgekommen ſind, keine Beſchlagnahme der Papiere verhängt werden, wohl aber gegen einen *Hochverräther*, gegen einen *Falſarius* und gegen Jeden, der von Außen her mit *Complicen* Vorbereitungen zur That traf.

Die Natur dieſer Maßregel iſt von der Art, daß man gleich bei den *erſten* Schritten, die man gegen die verdächtigen Subjecte thut, ſich damit befaſſen muß, wenn ſie irgend von Erfolg ſein ſoll: denn begreiflicherweiſe wird der Thäter, ſobald er Spur von der Unterſuchung erhält, *ſofort* die gefährlichen Urkunden zu *beſeitigen* [177]) ſuchen.

Iſt es eine beſtimmte Urkunde, auf die man ausgeht, ſo findet

---

172) *Devergie*, médecine légale théorique et practique. Paris 1836., enthält (Tom. I. p. 311 sq.) einen beſonderen Abſchnitt: des humations judiciaires et de leur utilité. Ueber die vielerlei Obſervanden bei dieſem Acte kann man in keinem Buche vollſtändigeren Aufſchluß finden.

173) Was Alles hierbei zu beobachten, hat *Mittermaier*, teutſches Strafverfahren Th. 2, S. 48, 49, am beſten zuſammengeſtellt.

174) Auch dieſe Handlung iſt blos durch Gerichtsgebrauch in den Inquiſitionsprozeß gekommen. *Mittermaier*, das teutſche Strafverfahren Th. 1, §. 66. *Derſelbe*, im n. Archiv des Criminalrechtes Bd. 5, Nr. XIII. Preuß. Criminalordn. §. 307. *Bayer*. Strafgeſetzb. Th. 2, Art. 246, 252, 256, 257. *Hannov*. Entw. Art. 180, 187 a. E.

175) Sehr energiſch ſpricht ſich darüber aus *Mittermaier*, im n. Archiv des Criminalrechtes Bd. 5, S. 317.

176) S. z. B. v. *Jagemann*, Handbuch Bd. 2, Nr. 93.

177) Kaum kann ein anderes corpus delicti ſo ſchnell vernichtet werden, als Papier, nämlich durch *Feuer*.

gewöhnliche Hausſuchung in der ſchon beſprochenen Weiſe ſtatt[178]), wo aber ſo ſichere Indicien noch nicht vorliegen und doch das Vorhandenſein beweiſender Urkunden wahrſcheinlich iſt, werden ſämmtliche Papiere in Beſchlag genommen, und zwar mit dem Vorbehalte, dieſelben, wenn es ſpäter noch erforderlich wäre, wenn alſo der Inculpat nicht ſelbſt die Beweisſtücke auszuliefern ſich erbietet, und wenn er nicht den gegen ihn erhobenen Verdacht evident widerlegt, ganz genau durchzuſehen und alles Einſchlägige zu den Acten zu nehmen. Die Maßregel iſt alſo eigentlich eine proviſoriſche und gleichſam nur eine Vorbereitung zur Specialhausſuchung. Die Beſchlagnahme iſt übrigens, wie oben ſchon bei dem Verfahren mit Papieren bemerkt wurde, immer vom Inquirenten in Perſon[179]) vorzunehmen.

Wenn es dann zur genauern Durchſicht ſolcher Papiere kommt, ſo iſt Regel, daß hierbei der Inculpat gegenwärtig ſein muß. Es iſt dieß nicht nur ein aus dem Grundſatze des Eigenthumsrechtes abfließendes Gebot, ſondern auch eine kluge Vorſicht, ja ein Ehrenpunkt für den Inquirenten. In Papieren kann ja gerade der größte Reichthum ſtecken[180]). Es können aber auch Geheimniſſe darin enthalten ſein, welche auf die Unterſuchung nicht den entfernteſten Bezug haben und dennoch für den Beſitzer der Papiere vom höchſten Werthe ſind. Nur wenn es nicht möglich iſt, den Letzteren zu dem Geſchäfte beizuziehen, dürfen Stellvertreter aus der Familie oder ſonſt zu jenem Geſchäfte gewählt werden.

Mag es auch mitunter dem Zwecke der Unterſuchung nicht ganz entſprechen, daß ein Inculpat zuſehe[181]), wie die Beweismittel gegen ihn aufgeſucht werden, ſo kann deßhalb keine Ausnahme geſtattet ſein. Es gewährt auch wieder den Vortheil der Geſchäftsabkürzung, wenn der Inculpat augenblicklich die nöthigen Erläuterungen geben kann.

Dieſes Verfahren bringt es von ſelbſt mit ſich, daß bei der Anlegung des Beſchlages die aufgegriffenen Papiere gerichtlich verſiegelt und dann bei der vorzunehmenden Prüfung des Inhaltes dieſe Siegel im Beiſein des Inculpaten wieder abgenommen werden[182]).

4) Die Wegnahme von Briefen und Beobachtungen der

---

178) Henke, Handbuch Bd. 4, S. 616, iſt der Meinung, daß dieſe Maßregel nur dann ſtattfinde, wenn der Beſitz einer Urkunde aller Vermuthung nach böslich abgeleugnet worden iſt, — dagegen muß aber bemerkt werden, was ſchon oben Note 156 erwähnt iſt, daß vor der Hausſuchung, wenn ſie irgend zu einem Reſultate führen ſoll, in der Regel kein Verhör über den Beſitz des fraglichen Gegenſtandes abgehalten werden kann, weil dadurch nur der Inhaber aufmerkſam gemacht würde, denſelben in Sicherheit zu bringen.

179) Bauer, Lehrb. des Strafprozeſſes §. 90, Nr. II.

180) v. Jagemann, in Hitzig's fortgeſ. Annalen der Criminalrechtspflege Bd. 6, S. 53—56.

181) Es fällt dabei natürlich jede Ueberraſchung weg, welche oft nützliche Dienſte leiſtet. Nöllner, in den von Demme fortgeſ. Hitzig'ſchen Annalen für Criminalrechtspflege Bd. 15, S. 270 flg.

182) Ueber alle dieſe Vorgänge ſind Protocolle aufzunehmen und von allen Betheiligten zu unterzeichnen.

Correſpondenz[183]) wurde bereits in einem beſonderen Artikel (ſ. Briefe)[184]) abgehandelt. Hier iſt noch beizufügen, daß dieſes Fahndungsmittel, ſo wie die Beſchlagnahme der Papiere nur da angewendet werden darf, wo das Verbrechen im Allgemeinen oder im concreten Falle auf verdächtige Correſpondenzen hinweiſt[185]). Wenn übrigens keine Landesverordnung beſteht, wann und in welcher Weiſe die Poſtbehörden[186]) dem Unterſuchungsrichter Unterſtützung leiſten müſſen, ſo zieht man es vor, von dieſem Mittel gar keinen Gebrauch zu machen, indem die Criminalgerichte über jene Behörden keine Gewalt haben und ſich daher leicht compromittiren können.

Noch unſicherer iſt die Aufſpürung von Correſpondenzen, welche durch Privatperſonen, Hauderer, Boten u. dgl. befördert werden. Dieſe ſehen natürlich ihren täglichen Verdienſt, ihren Broterwerb gefährdet, wenn ſie die ihnen anvertrauten Briefſchaften in andere Hände, als an die Adreſſe abliefern ſollen, und ſie pflegen daher, ſobald ihnen der Befehl des Inquirenten, gewiſſe Briefe ihm zu übergeben, eröffnet iſt, ſolche entweder heimlich zu befördern oder gar nicht mehr anzunehmen[187]).

Ludwig v. Jagemann.

Familienfideicommiſſe (Majorate im weiteſten Sinne)[1]) ſind ſolche Güter, welche durch Hausgeſetze unveräußerlich erklärt ſind und

---

183) Mittermaier, über das Recht des Criminalrichters, Brieferbrechung als Wahrheitserforſchungsmittel anzuwenden, im n. Archiv des Criminalrechtes Bd. 2, Nr. XXII. v. Jagemann, Handbuch Bd. 1, §. 104—112.

184) S. dieſes Lexikon Bd. 2, S. 488—494.

185) Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 91. Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 308, Note 8.

186) v. Jagemann a. a. O. Bd. 1, §. 113—115 und Bd. 2, Nr. 94, 95.

187) Wenn ſolche Leute nicht als beſonders geſetzestreu bekannt ſind, ſo läßt man ſich lieber gar nicht direct mit ihnen ein, ſondern beſchränkt ſich auf eine Requiſition der Polizeibehörde, um ihren Verkehr mit der fraglichen Familie zu beobachten.

1) Außer den ſpäter zu erwähnenden Schriften verdienen noch nachgeleſen zu werden: Ph. Knipschild, tract. de fideic. fam. nobil. Von Stammgütern sive de bonis quae pro fam. nobil. conservatione constituuntur. (edit. nov. Aug. Vind. 1750. 4.) Fr. Lud. comes de Oettingen, diatriba de fideicomm. (Helmst. 1734. 4.) cap. III. p. 149—244. Jo. Gottfr. Sieber, selecta capita fideicomm. fam. Lips. 1743. 4. Bernh. G. H. Hellfeld, de fideicomm. famil. illustr. Jenae 1779. 4. Jo. Dict. Mellmann, selecta capita doctrinae de fideic. famil. nobil. ex iure Megapolitano et Slesvico-Holsatico. Alt. et Lips. 1793. 8. Joh. Eph. Richter, teut. theoriae de fideic. fam. illustr. et nobil. Germ. ad habitum et mores hodiernos spectatae. Mogunt. 1790. 4. Fr. Aug. v. Moshamm, Verſuch einer Entwickelung d. rechtl. Verhältn. bei teutſchen Geſchlechtsfideicommiſſen. München 1816. 8. J. Chr. Kall, observ. de fideic. famil. Danicis. Havniae 1819. T. Ph. v. Dalwigk, Verſuch einer philoſ.-juriſt. Darſtellung des Erbr. Th. 3. Wiesbaden 1822. 8. Guil. Ferdin. Steinacker, de iure fideicomm. familiae sec. leges Saxonicas. Lipsiae 1834. 8. Ignaz Wildner, das Fideicommißrecht nach dem öſterr. allg. b. Geſetzb. Wien 1835. 8. (Handelt nur von Fami-

bei einer Familie bis zum Abgange derſelben (bis Erlöſchen Namens und Stammes) erhalten werden ſollen. Zur Errichtung einer ſolchen Stiftung iſt zwar — wo particularrechtliche Beſtimmungen nicht entgegenſtehen (ſ. bayer'ſches Edict v. 26. Mai 1818, §. 1) — ein Jeder berechtigt, ſo weit er über ſein Vermögen zu disponiren befugt iſt; gewöhnlich aber kommen dergleichen Fideicommiſſe nur bei adligen Familien vor. Ihr Urſprung iſt zu ſuchen in dem Beſtreben des Adels, das alte teutſche Stammgutsſyſtem gegen die demſelben entgegenſtehenden Grundſätze des Juſtinianiſchen Erbfolgerechtes aufrecht zu erhalten. Der begüterte Bürgerſtand, dem die Beibehaltung der alten Stammfolge und die daraus hervorgehende Unbeweglichkeit des Eigenthums nur Feſſeln anlegte, ſuchte dieſe mit Hilfe des römiſchen Rechtes zu zerbrechen. Gerade ein entgegengeſetztes Intereſſe beſtimmte den Adel, den Grundſätzen des alten Rechtes treu zu bleiben. In der politiſchen Verfaſſung dieſes Standes, wie ſie im Mittelalter, namentlich durch das Lehnweſen, ſich feſtgeſtellt hatte, war Unveräußerlichkeit der Güter, das Verbleiben derſelben beim Mannsſtamme vorausgeſetzt und gegeben. Seine bevorzugte Stellung im Staate beruhte auf dem Werthe ſeines Landbeſitzes und der Erhaltung deſſelben bei der Familie. Das römiſche Recht, welches mit alleiniger Ausnahme des Pflichttheiles einem Jedem die Freiheit mit dem Seinigen zu ſchalten und zu walten unbeſchränkt geſtattete, und Söhne und Töchter gleichmäßig zur Erbſchaft berief, trat aber dieſer althergebrachten Gewohnheit dergeſtalt feindlich entgegen, daß der Adel, um ſich dagegen zu wehren, bald zu Sicherheitsmitteln ſeine Zuflucht nehmen mußte.

Er bediente ſich hierzu des in Familienangelegenheiten ihm zuſtehenden Rechtes der **Autonomie**, die in dem Grade thätiger wirkte, je mehr das fremde Recht aufkam. Zur Zeit der Reichsverfaſſung bedurften der hohe und reichsunmittelbare Adel nicht einmal der kaiſerlichen Beſtätigung ihrer Statuten, ſelbſt beim landſäſſigen Adel war eine ſolche Beſtätigung, oder auch die des Landesherrn, nicht unbedingt erforderlich, ſondern nur alsdann, wenn das ſtatutariſche Recht Abweichungen vom gemeinen oder Landesrechte enthielt, die auch gegen **dritte Perſonen** zur Anwendung kommen ſollten. Man ſuchte das alte Recht der nächſten Erben durch ausdrückliche **Veräußerungsverbote** zu wahren, indem man gewiſſe Güter einzig zum Flor und zur Erhaltung des Stammes nach Art anderer ewigen öffentlichen Stiftungen beſtimmte. Die Juriſten, welche von der alten Gewohnheit, welche dieſen Anordnungen unterlag, keine Ahnung hatten, oder durch Vorurtheil geblendet, aus blinder Vorliebe für das römiſche Recht, Alles nach dieſem beurtheilten, bemühten ſich, da ſie dieſe Dispoſitionen nicht ganz beſeitigen konnten, ohne die durch hergebrachte Gewohnheit feſtbegründeten Rechtsverhältniſſe eines ſo mächtigen Standes in Verwirrung zu bringen, dieſelben wenigſtens in römiſche Formen zu zwingen. Sie fanden in dem Veräuße-

---

lienfideicommiſſen.) C. v. **Salza**, die Lehre von Familien-, Stamm- und Geſchlechtsfideicommiſſen nach d. Grundſätzen d. gem. teutſch. Privatr. und mit Rückſicht auf die Abweichungen der einzelnen Particularrechte. Leipzig 1838. 8.

rungsverbote ein biegſames Auskunftsmittel, obgleich das Einzwängen althergebrachter Rechte in ein fremdes Gewand füglich nicht geſchehen konnte, ohne das urſprünglich einfache Verhältniß zu verrücken. Die römiſchen Fideicommiſſe boten einen, wenn gleich nur entfernten, Vergleichungspunkt dar. Daher erforderte man zur Einführung und Begründung eines ſolchen Veräußerungsverbotes eine letztwillige Verfügung. Den Verträgen dagegen, deren man ſich gerade am häufigſten bediente, um dasjenige, was vom römiſchen Erbfolgerechte teutſchen Sitten nicht angemeſſen war, zu entkräften, wurde eine Wirkung in dieſer Hinſicht ganz abgeſprochen oder nur in beſchränkter Maße zugeſtanden. Die Verträge, die von regierenden Herren ausgingen, ließ man als Geſetze gelten, und wo dieſe gezwungene Auslegung nicht Platz greifen konnte, wurde der kaiſerlichen Beſtätigung eine gleiche Wirkung zugeſchrieben, oder eine ſolche durch Confirmation bekräftigte Urkunde gleichſam als ein testamentum principi oblatum betrachtet. Indem dergeſtalt die Rechtsgelehrten des 16. Jahrhunderts, unfähig, von der ihrer Meinung nach unabweislichen Macht der fremden in Teutſchland recipirten Rechte ſich loszureißen, ihre Theorie von der Bedeutung der Dispoſitionen und Verträge des Adels, die unter Vorausſetzung der herkömmlichen Ausſchließung der Töchter etwas über die Erbfolge verordneten, theils aus den Grundſätzen des longobardiſchen Lehnrechtes von der Wirkung des Inveſtiturvertrages, theils aus der römiſchen Lehre von fideicommiſſariſchen Subſtitutionen, welche ſie hier als zum Beſten des Mannsſtammes geſchehen betrachteten, entlehnten, erhielt die alte Gewohnheit, welche beim Adel im Gebrauche geblieben war, eine ganz andere Bedeutung und bildete ſich zu der eigenthümlichen Lehre von Familienfideicommiſſen aus, deren complicirte Natur aus dieſen Vorgängen mit zu erklären iſt. Die Territorialgeſetzgebung ging von dem Geſichtspunkte aus, die bei Errichtung von Familienfideicommiſſen ſo leicht gefährdenden Rechte dritter Perſonen ſicher zu ſtellen, und den ſo häufig aus dieſen Verhältniſſen hervorgehenden Streitigkeiten möglichſt vorzubeugen. Dabei wurden ſtaatswirthſchaftliche und politiſche Rückſichten nicht ganz außer Acht gelaſſen. Man machte die Giltigkeit der errichteten Familienfideicommiſſe wenigſtens in ſo weit, als ſie dritten Perſonen gegenüber aufrecht erhalten werden ſollten, von einer Confirmation und Conſensertheilung[2]) oder einer Intabulation[3]) abhängig. Ja wo Geſetzbücher zu Stande kamen, wie in Bayern, Oeſterreich und Preußen, wurde die ganze Lehre mehr oder weniger vollſtändig darin aufgenommen. Indeſſen blieb das dem Adel zuſtehende Recht der Selbſtſatzung, die Freiheit des Ordnens ſeiner häuslichen und Familienverhältniſſe bis zur Auflöſung des teutſchen Reiches ziemlich ungeſchmälert. Zu Anfange des 19. Jahrhunderts aber hatte die Umgeſtaltung der öffentlichen Verhältniſſe, die Vereinigung der ſouverain gewordenen Fürſten Teutſchlands zu dem unter franzöſiſchem Einfluſſe gebildeten Rheinbunde, die Vereinigung mehrerer

---

2) Erl. d. churf. ſächſ. Prozeßordn. v. 10. Jan. 1724 ad tit. XLV. §. 7.
3) Pr. Landr. Th. 2, Tit. 4, Abſchn. 2, §. 29—32 und §. 62—66.

teutſcher Provinzen mit Frankreich die Folge, daß nicht nur die öffentliche, ſtaatsrechtliche Stellung des Adels ſich änderte, ſondern daß auch deſſen Privatrechte in vielfacher Beziehung ſich umgeſtalteten. In denjenigen Ländern und Provinzen, in welchen das franzöſiſche Geſetzbuch eingeführt ward, wurde die Art. 896 enthaltene Beſtimmung (les substitutions sont prohibées) als eine unmittelbare Aufhebung der Fideicommiſſe angeſehen[4]), in anderen wurden dieſelben nicht ohne Uebereilung und Verletzung wohlerworbener Rechte durch ausdrückliche Geſetze aufgehoben[5]). Ebenſo blieb das ſpäter von der kaiſerlich franzöſiſchen Geſetzgebung ausgehende Beiſpiel der Begründung beſonderer Majorate für den Adel[6]) nicht ohne Nachahmung in Teutſchland[7]). Als jedoch Napoleons Macht gebrochen worden war, kehrte man theilweiſe zu den alten Grundſätzen zurück[8]). Der Ritterſchaft in den Rheinprovinzen ward die Stiftung von Majoraten und Fideicommiſſen im Monat Febr. 1836 erlaubt, die autonomiſche Succeſſionsbefugniß dieſer Ritterſchaft aber iſt durch die Verordnung v. 21. Jan. 1837[9]) geſetzlich anerkannt worden. — Im Herzogthume Oldenburg traten durch die Beſtimmung in der Verordn. v. 10. März 1814, Nr. 5, die beſonderen Erbfolgerechte in Lehen- und Fideicommißgüter, ſo wie ſie durch Geſetz und Obſervanz vorher beſtimmt waren, wieder in Kraft. In Württemberg erlangten alle noch im J. 1817 beſtandenen Inſtitute wieder verbindliche Kraft[10]). Aus der neueſten Zeit ſind zu bemerken die Geſetze, welche über die bei Errichtung von Fideicommiſſen zu beobachtende Form, im Großherzogthume Weimar unterm 22. April 1833; über die Ablösbarkeit des Lehnverbandes, die Verhältniſſe bleibender Lehen und die Er-

---

4) J. C. H. Rive, üb. die Aufhebung der Fideicomm. als Folge der Einführung der franz. Civilgeſetzgebung. Köln 1822. 8.

5) Im Königr. Württemberg durch Normalverordnung v. 22. April 1808; in Bayern durch Edict über die Verhältniſſe des Adels v. 28. Juli 1808, im Regierungsbl. v. J. 1808, S. 2030—2144.

6) Kaiſerl. Acte v. 30. März 1806 und Decret v. 1. März 1808. — S. Ant. Keil, Statuten und Verordn. üb. den neuen Adel in Frankreich und die Majoratsgüter, welche Franzoſen in Frankreich, Teutſchland und im Herzogthume Warſchau beſitzen. Köln 1810.

7) Kobler, von der Aufhebung der Familienfideicomm. und ihrer Umwandlung in Majorate in Bayern. 1810.

8) Kaiſerl. öſterr. Hofkanzleidecret, die Wiederherſtellung d. aufgehobenen Fideicommiſſe betr. v. 20. Febr. 1817, Juſtizgeſetzſammlung v. d. J. S. 423. — K. preuß. Verordn. v. 11. März 1818 und Declaration derſelb. v. 1. Juni 1820 und 9. Juni 1827, die Verhältniſſe der Lehne und Fideicommiſſe in den jenſeits der Elbe gelegenen, der franzöſ. Geſetzgebung unterworfen geweſenen Landestheilen betr.; auf dem rechten Rheinufer durch das Geſetz v. 23. März 1828. Ferner Geſetz v. 23. März 1828 wegen der Fideicommiſſe im Großherzogthume Berg. In Weſtphalen durch Verordn. v. 11. März 1818, und eine erläuternde Declaration v. 11. Juli 1820. Dazu die Cabinetsordres v. 28. April 1829, v. 29. März 1831, v. 7. April 1832 und v. 23. Aug. 1834, wodurch die Anmeldungsfriſten für die Anwarter verlängert wurden.

9) Geſetzſamml. v. Pr. Nr. 1, S. 7 flg.

10) S. Weishaar, Handb. d. württemberg. Privatr. 3. Ausg., §. 30 u. 444.

richtung von Familienfideicommiſſen unterm 13. April 1836[11]) im Königreiche Hannover und über die Errichtung von Familienſtammgütern unterm 28. März 1837 im Herzogthume Braunſchweig erſchienen ſind.

Wie in den Stammgütern wird auch in Familienfideicommiſſen nicht vermöge der Wohlthat des Beſitzers oder des Letztverſtorbenen, ſondern aus dem Vertrage und der Vorſehung der Vorfahren — ex pacto et providentia maiorum — d. h. nach dem Rechte ſuccedirt, welches unmittelbar vom Stifter oder nach Befinden erſten Erwerber des Fideicommiſſes auf alle Deſcendenten übergegangen iſt. Das ius quaesitum, welches jeder zur Fideicommißfolge berufene Agnat hat und welches hauptſächlich dann ſich wirkſam äußert, wenn mit der Subſtanz des Fideicommiſſes eine Aenderung ohne ſeine Einwilligung vorgenommen worden iſt, hat man aus der Idee eines getheilten Eigenthums zu erklären geſucht. Man hat, um die rechtlichen Verhältniſſe, welche zwiſchen der Familie, nach der Geſammtheit ihrer lebenden und zukünftigen Mitglieder, und dem zeitlichen Beſitzer des Fideicommiſſes ſtattfinden, näher zu bezeichnen, den aus dem Lehnrechte entnommenen Begriff des getheilten Eigenthums analog angewendet: dem Fideicommißinhaber, gleich dem Vaſallen, das nutzbare Eigenthum, der Familie aber, gleich dem Lehnsherrn, das Obereigenthum beigelegt[12]). Allein die Rechte der Familie, nach der Geſammtheit ihrer lebenden und zukünftigen Glieder, hinſichtlich des Fideicommißgutes, und die des Lehnsherrn hinſichtlich des Lehens beruhen durchaus auf verſchiedenen Gründen. Demnach erſcheint jener dem Lehnrechte entnommene Begriff des getheilten Eigenthums nicht anwendbar auf Familienfideicommiſſe. Die Rechte, die theils dem zeitlichen Beſitzer des Fideicommiſſes, theils den Anwärtern zuſtehen, können nicht aus dieſem Begriffe abgeleitet werden, ſondern ſind aus der poſitiven Beſtimmung einer zum Beſten der Familie eingeführten Unveräußerlichkeit zu deduciren. Als oberſter Grundſatz für die Auslegung fideicommiſſariſcher Stiftungen in concreten Fällen aber iſt der Satz an die Spitze zu ſtellen: daß Familienfideicommiſſe, weil ſie meiſtentheils, wenigſtens inwiefern ſie bei adligen Geſchlechtern vorkommen, nach der Form und dem Weſen der Stammgüter errichtet worden ſind, und wie dieſe bei der Familie verbleiben ſollen, im Zweifel nach der rechtlichen Natur, die dem Stammgute eigen iſt, beurtheilt werden müſſen[13]). Es iſt hierbei jedoch wohl zu berückſichtigen, daß obgleich Stammgut und Fideicommiß nicht eine verſchiedene Gattung ausmachen, doch bei letzterem vermöge der Hausgeſetzgebung die Rechte der Familie ſich viel ſtrenger erhalten haben, als bei jenem. Beiden Inſtituten gemeinſchaftlich iſt die Eigenſchaft der Unveräußerlichkeit mit dem Zwecke: die Güter in der Familie

11) Geſetzſamml. v. 11. März 1836, Abth. 1, Nr. 8.

12) Preuß. Landr. a. a. O. §. 43. Oeſterr. Geſetzb. §. 630. Bayer. Edict §. 43.

13) J. F. G. Branc, de natura bonorum avitorum atque inde summenda interpretatione in fideic. fam. Marb. 1791.

zu erhalten; aber dieſe Qualität gründet ſich bei den Stammgütern auf das Geſetz, bei den Fideicommiſſen auf Privatwillkür. Die Stammgutseigenſchaft ſtützt ſich auf die aus dem alten teutſchen Rechte beibehaltene und durch ausdrückliche Geſetze anerkannte Regel: daß Alles im Erbgange bleiben ſoll, was einmal in Erbgang gekommen iſt. Die Fideicommißqualität dagegen iſt lediglich in der vom Stifter ausgeſprochenen Abſicht zu ſuchen, das mit Fideicommiß beſtrickte Vermögen ungeſchwächt bei der Familie zu erhalten. Jene urſprünglich teutſche Lehre hat aber nach der Einführung des römiſchen Rechtes nicht nur durch die Grundſätze vom Pflichttheile merklichen Abbruch gelitten, ſondern man iſt auch von der Strenge des alten Rechtes inſofern abgegangen, als nur noch bei Schenkungen der Widerruf von Seiten der Erben beſteht, bei oneroſen Veräußerungen dagegen ein ſolcher nicht ſtattfindet, ſondern die Berechtigten nur die Befugniß haben, vermöge des Familienretractes in den geſchloſſenen Verkauf einzutreten. Daher ſind letztwillige Verfügungen über Erbſtammgüter in der Regel zuläſſig, ſo wie denn auch der Concurs überall als zureichender Grund einer Veräußerung ohne Einwilligung der Erben gilt. Die allgemeine Natur der Familienfideicommiſſe beſteht nun aber gerade darin, daß das damit Belegte ordentlicher Weiſe vom Beſitzer weder beſchwert, noch vermindert, noch viel weniger veräußert werden kann, daher hinſichtlich ihrer Dispoſitionen unter Lebenden eben ſo ungiltig ſind, als letzwillige Verfügungen und beide ohne Unterſchied von den Berechtigten widerrufen werden können, gleichviel ob der Veräußerung eine Liberalität zu Grunde liegt, oder ob ſolche auf oneroſe Weiſe erfolgt iſt[14]). Stammgüter ſind alſo keineswegs ſtillſchweigende Familienfideicommiſſe; denn weder die Vererbung eines Gutes von Fällen zu Fällen in der Familie, noch der Beweis, daß ein Gut von jeher für ein Stammgut gehalten worden ſei, reichen hin, ein ſolches in ein Familienfideicommiß zu verwandeln. Die oft behauptete Entſtehung der Familienfideicommiſſe durch Familienobſervanz hat keinen Grund. Ein Familienfideicommiß kann nur durch eine Dispoſition entſtehen, welche ein motivirtes Veräußerungsverbot enthält, gleichviel ob ſolches direct ausgeſprochen, oder indirect aus dem Willen des Stifters abzuleiten iſt. Motivirt muß aber das Veräußerungsverbot in der Maße ſein, daß man daraus ſieht, es ſei zu Gunſten der Familie oder doch wenigſtens des Mannsſtammes in derſelben die Veräußerung verboten, weil, wenn nicht beſtimmt worden iſt, zu weſſen Gunſten die Veräußerung unterbleiben ſoll, das Verbot ſelbſt keinen Ausgang hat, ſondern für eine bloße Empfehlung angeſehen wird (inane et nudum praeceptum) oder wenn die Anordnung lediglich

---

14) G. Schenk de Schweinsberg, diss. de bonorum stemmaticorum et fideicommissorum familiarum nobilium origine atque discrimine. Marb. 1829. B. W. Pfeiffer, verm. Aufſätze über Gegenſtände d. teutſch. und röm. Privatr. (Marb. 1803), Nr. I. Poſſe, Prüfung d. Unterſchiedes zwiſchen Erbfolger. und Erbfolgeordn., nebſt einer Entwickelung des Begriffes von Stamm- und Fideicommißgütern (Roſt. und Leipz. 1796), S. 50 flg.

als zu Gunſten einzelner Familienmitglieder getroffen erſcheint, nur ein gewöhnliches Fideicommiß entſteht, deſſen Unveräußerlichkeit mit dem Tode der eingeſetzten Erben erliſcht. Liegt dagegen die Abſicht des Stifters, das Fideicommißgut bei der Familie zu erhalten, unbezweifelt vor, ſo erſtreckt ſich das Veräußerungsverbot nicht nur auf die Söhne, welche in der Stiftung genannt ſind, ſondern auch auf die Enkel und alle übrige Deſcendenten, nicht nur auf die unmittelbaren Erben des Stifters, wenn blos von Erben die Rede iſt, ſondern auch auf deren Erben[15]). Denn in dieſem Falle erſcheinen die in der Stiftungsurkunde ausdrücklich zur Succeſſion Berufenen nicht als reſtrictiv, ſondern als vorzugsweiſe oder exemplicativ Genannte, auf welche das Fideicommiß zu Folge des demſelben unterliegenden Zweckes und der daraus zu entnehmenden extenſiven Interpretation keineswegs beſchränkt werden darf[16]).

Wenn man gleich zu der Zeit, als das römiſche Recht in Teutſchland aufkam, die Stammgüter aus Vorliebe zu dieſem Rechte und aus Unkunde des einheimiſchen der Form nach den römiſchen Fideicommiſſen gleich zu machen ſuchte, ſo war und blieb doch das Eigenthümliche der teutſchen Verfaſſung in Hinſicht der Verſchiedenheit der Stände einer völligen Umwandlung derſelben in römiſches Fideicommißgut hinderlich. Dieß wird erklärlich, wenn man bedenkt, daß der weſentliche Zweck eines teutſchen Familienfideicommiſſes den römiſchen Rechtsanſichten fremd war, und daß die Römer mit dem status familiae einen anderen Begriff verbanden, als die Teutſchen, bei denen die Subtilitäten des römiſchen Rechtes in dieſem Punkte, ſchon der verſchiedenen Verfaſſung wegen, keinen Eingang finden konnten. Wenn daher auch im Juſtinianiſchen Geſetzbuche fideicommissa successiva mit der Beſtimmung vorkommen: ut bonum apud familiam maneat, ne e familia exeat, ſo leiden doch die Grundſätze, welche dießfalls das römiſche Recht in Bezug auf die Art und Weiſe der Errichtung, die Succeſſion und die Dauer aufſtellt[17]), auf teutſches Fideicommißgut keine Anwendung, ſondern es müſſen hier zunächſt einheimiſche Rechtsquellen zu Rathe gezogen werden[18]). Es iſt jedoch dabei nicht außer Acht zu laſſen, daß die autonomiſche Befugniß des Adels in neuerer Zeit, wenn nicht ganz aufgehoben, doch gegen früher ſehr beſchränkt worden iſt, ſo wie daß durch die mißverſtandene Anwendung der fremden in Teutſchland recipirten Rechte und die Gewohnheit, teutſche Rechtsgeſchäfte aus dem römiſchen oder longobardiſchen Rechte zu erklären, das alte einheimiſche Recht mannigfach modificirt und

---

15) G. A. Gottschalk, disc. forens. t. III. cap. V. p. 71 sq. edit. 2.

16) J. Chr. Mayer, Erbfolgelinealismus in Lehen und Familienfideic. (Tübing. 1808), Abſchn. 2, H. 1, S. 19.

17) Nov. 159. L. 120. §. 1. D. de legat. I. L. 77. §. 27. D. de legat. II. u. L. 11. L. 32. C. de fideic. (6. 42.)

18) Joh. C. Heimburg, diss. de differentia iur. comm. et Germ. in doctrina de fideicomm. Jenae 1743. B. W. Pfeiffer, verm. Aufſätze Nr. I, §. 2 u. §. 14; deſſen praktiſche Ausführungen Bd. 3, Nr. 2, S. 53 flg.

16*

nicht nur dem Namen nach, ſondern auch in der That abgeändert worden iſt.

So viel die Errichtung eines Familienfideicommiſſes betrifft, ſo geſchieht dieſelbe entweder durch teſtamentariſche Verordnung oder durch einen Vertrag mit den Mitgliedern der Familie, welchen ein Erbrecht auf das Grundſtück zuſteht[19]). Hierbei iſt jedoch zu bemerken, daß die Notherben und die Gläubiger berückſichtigt werden müſſen. Was nämlich die erſteren anbelangt, ſo kann die Beſtimmung des bürgerlichen Rechtes, welche alle zum Nachtheile des Pflichttheiles vorgenommene Handlungen für ungiltig erklärt, nicht dadurch umgangen werden, daß Jemand ſein ganzes Vermögen mit einem Fideicommiſſe beſtrickt. Eben ſo wenig darf das Fideicommiß zum Nachtheile der Gläubiger errichtet werden. Durch die Fideicommißanordnung wird demnach das einem Gläubiger an der Subſtanz zuſtehende Pfandrecht nicht in ein Pfandrecht auf die Früchte eingeengt. Dagegen haben die Creditoren der zum Fideicommiß berufenen Agnaten kein Recht auf die Subſtanz des Fideicommißgutes, ſobald nur, wenn dieſelben zugleich Notherben des Stifters ſind, der Pflichttheil unbelaſtet geblieben iſt. Will daher Jemand über ſeine Habe ſo verfügen, daß ſie nach ſeinem Tode auf einen ihn Ueberlebenden fallen, von dieſem aber auf ſeine ganze Nachkommenſchaft, ſo lange ein Sproſſe vorhanden iſt, vererbt werden ſoll, ſo dürfen obige Rückſichten nicht außer Acht gelaſſen werden. Iſt dieß aber beobachtet worden, ſo bedarf es zur Verwirklichung einer ſolchen Dispoſition gemeinrechtlich weiter keiner Schritte. Die Anordnung iſt rechtsbeſtändig, gleichviel ob derſelben ein Vertrag zu Grunde liegt[20]), oder ob ſie auf der einſeitigen Willenserklärung des Disponenten beruht. Sie verbindet nicht nur die in dem Vertrage zuſammenſtimmenden oder die der fideicommiſſariſchen Stiftung ſich unterwerfenden Familienmitglieder, ſondern ihre fortdauernde Wirkſamkeit erſtreckt ſich auch auf deren Nachkommen. Denn die Geſetze haben einer ſolchen Willenserklärung nicht nur unbedingte Wirkungsfähigkeit zugeſprochen, ſondern ſie geſtatten auch, ſelbige durch poſitiven Zwang zu realiſiren. Selbſt gegen Dritte kann dieſer geltend gemacht werden. Die Fideicommißintereſſenten haben ſogar, wenn ein Teſtament ihnen zur Seite ſteht, ein doppeltes dingliches Recht, nämlich a) ein ſtillſchweigendes Unterpfandsrecht an allen zum Nachlaß des Teſtirers gehörigen Sachen, jedoch mit Ausſchluß der fideicommittirten, und b) ein Eigenthumsrecht an dieſer letzten Sache ſelbſt. Dieſe Rechte ſind jedoch durch particulare Geſetze ganz oder theilweiſe den Fideicommiſſarien entzogen worden, indem ſie theils die Giltig-

19) Chr. Wildvogel, de fideic. famil. nobil. conventional. Jen. 1710. 4.

20) Aem. Ludw. Hombergk, diss. de qualitate reali quae pactis successoriis inest et de effectibus eius. Marb. 1754. H. B. Jaup, diss. de valore et efficacia pactorum s. statutorum fam. illustrium et nobilium intuitu tertii. Giessae 1792. Linde, obs. de succ. germ. inprimis pactitia. 1820. Rhein. Muſeum 1828, II. 2., S. 165.

keit der Familienfideicommiſſe überhaupt, theils inwiefern dieſelben gegen dritte Beſitzer oder Gläubiger zu Recht beſtändig ſein ſollen, von gewiſſen Formalitäten abhängig gemacht haben. So wird zur Rechtbeſtändigkeit eines Familienfideicommiſſes in Oeſterreich, Bayern und im Großherzogthume Weimar die Einwilligung des Landesfürſten erfordert[21]). In anderen Ländern iſt die Giltigkeit fideicommiſſariſcher Anordnungen, Dritten gegenüber, von der Beſtätigung der oberen Gerichtsſtellen[22]) oder doch wenigſtens von der Verlautbarung und Eintragung der Stiftungsurkunde in die Hypotheken- und Matrikelbücher abhängig gemacht worden[23]). Im Königreiche Sachſen muß das Fideicommiß bei Lehngütern von dem Lehnsherrn, bei Allodialgütern von dem Gerichtsherrn und zwar von dem iudex rei sitae confirmirt und darüber Conſens ertheilt werden[24]). Da wo die Beſtätigung keine bloße Gnadenhandlung des Regenten iſt, darf die richterliche Confirmation, ſobald dem Geſuche nur politiſche, nicht auch rechtliche Gründe entgegenſtehen, nicht abgeſchlagen werden; denn es würde dieß eine Juſtizverweigerung ſein. Iſt die richterliche Beſtätigung nicht bei Lebzeiten des Stifters geſucht worden, ſo kann dieſelbe mit gleichem Erfolge nach ſeinem Tode von denjenigen ausgewirkt werden, welche an dem Beſtande des Fideicommiſſes ein Intereſſe haben oder durch die Stiftungsurkunde zur Aufſicht über daſſelbe berufen ſind. Amtshalber hat der competente Richter aber — Falls ausdrückliche Geſetze ihm dieß nicht vorſchreiben — nur dann ſich einzumiſchen und die Herbeiſchaffung der ermangelnden Beſtätigung zu veranlaſſen, wenn unter den Fideicommißintereſſenten Minderjährige, Unmündige oder Abweſende ſind, oder wenn ihm durch die Stiftungsurkunde die ſpecielle Aufſicht über das Fideicommiß übertragen worden iſt. Für die vormaligen Reichsſtände und Reichsangehörigen, die der Landeshoheit ſubjicirt worden ſind, dient die Vorſchrift der Bundesacte vom 8. Juni 1815, Art. XIV, Nr. 2, zur Norm.

Was die Sachen anbelangt, die zu einem Familienfideicommiſſe beſtimmt werden können, ſo müſſen ſie nicht nur geeignet ſein, dem jedesmaligen Beſitzer einen Nutzen zu gewähren, ſondern es muß auch

---

21) Oeſterr. Geſetzb. §. 627. Bayer. Edict v. 26. Mai 1818 (Beil. Nr. VII. d. Verfaſſungsurk.). Weimar. Geſetz v. 22. April 1833, §. 1 u. 5. Auch in Hannover reſſortirt die Stiftung von Fideicommiſſen und Majoraten unmittelbar vom Cabinette: K. Cabinetsverordn. v. 14. Nov. 1837, §. 8, Nr. 17 (G.-S. Abth. 1, Nr. 31 u. 32). In Preußen iſt ſolche nur erforderlich, wenn das Fideicommiß einen reinen Ertrag von 10,000 Thlrn. überſteigt. Landr. a. a. O. §. 56, und in Braunſchweig, wenn Allodialgüter zu Familienſtammgütern erklärt werden ſollen. Braunſchw. Geſ. v. 28. März 1837, §. 24.

22) v. Weishaar, württemb. Privatr. §. 445, S. 426.

23) In Bayern ſ. die Inſtruction über die Behandlung der Fideicommiſſe und Führung der Fideicommißmatrikel bei den königl. Appellationsgerichten v. 22. Dec. 1818. — Preuß. Landr. a. a. O. §. 62—68. — Weimar'ſches Geſetz v. 22. April 1833, §. 7. — Braunſchweig. Geſetz v. 28. März 1837, §. 21.

24) Erl. Prozeßordn. ad tit. XLV. §. 7, und Geſetz B v. 28. Jan. 1835, §. 6 u. 8.

dieſer Nießbrauch unbeſchadet der Subſtanz ausgeübt werden können. Dieß iſt aber nicht blos mit unbeweglichen und mit denjenigen Sachen der Fall, die denſelben in dieſer Hinſicht gleich zu ſtellen ſind; ſondern es qualificiren ſich hierzu auch bewegliche Sachen, inſofern dieſelben relativ unbeweglich und dadurch dauerhaft gemacht werden können [25]). Am leichteſten und ſicherſten iſt ſolches bei Capitalien zu erreichen (Fideicommißſtämme). Andere bewegliche Sachen erſcheinen nur inſofern als taugliche Objecte eines Familienfideicommiſſes, als ſie mit einem unbeweglichen ſich dergeſtalt verknüpfen laſſen, daß die Nutzungen aus dieſem zum Erſatze der etwa entzogenen Subſtanz verwendet werden können. Dieß iſt der Fall bei den an ſich beweglichen Zugehörungen der unbeweglichen Güter. Der Natur der Sache nach iſt hier das Veräußerungsverbot auf diejenigen Veränderungen nicht zu erſtrecken, welche nothwendig ſtattfinden müſſen, wenn dergleichen Sachen der Quantität nach erhalten werden ſollen. An verzehrbaren Sachen hat daher der jedesmalige Fideicommißbeſitzer ein freies, uneingeſchränktes Dispoſitionsrecht und er haftet dem Fideicommiſſe nur für gleiche Anzahl und Güte. — In einzelnen teutſchen Staaten hat man jedoch für nöthig befunden, wegen der Sachen, die unter Fideicommißverband gebracht werden dürfen, gewiſſe Vorſchriften zu geben. Es ſind meiſtens aus politiſchen Gründen beliebte Beſchränkungen, die, ohne dem Weſen des Inſtitutes ſelbſt Abbruch zu thun, doch geeignet ſind, ſo manchen aus demſelben entſpringenden Inconvenienzen vorzubeugen. In ſtaatswirthſchaftlicher Rückſicht beachtungswerth iſt die legislative Maßregel der Feſtſtellung eines Maximum und eines Minimum des Vermögens, welches unter Fideicommißverband gebracht werden darf, um eines Theils einer dem öffentlichen Wohle ſchädlichen Vermögensungleichheit entgegenzuwirken, anderen Theils zu verhüten, daß nicht aus bloßer Laune ein den Berufenen ſelbſt nur in geringem Grade nützlicher, unbedeutender Vermögensbeſtandtheil dem öffentlichen Verkehre entzogen werde [26]). Außer der Tauglichkeit der Sache an ſich zu dem Zwecke, welcher durch die Errichtung eines Familienfideicommiſſes erreicht werden ſoll, kommt in concreten Fällen annoch in Frage: ob der Stifter des Fideicommiſſes überhaupt befugt war, über die Sache zu disponiren? Denn Sachen, über welche dem Stifter nur ein beſchränktes oder gar kein Dispoſitionsrecht zuſteht, kann derſelbe eben ſo wenig mit einem Fideicommiß beſtricken, als er dieſelben überhaupt veräußern darf. Ein Lehngut kann demnach mit einem Fideicommiſſe nur dann beſchwert werden, wenn a) der Stifter des Fideicommiſſes zugleich der erſte Erwerber des Lehens iſt und deſſen unmittelbare Nachfolger im Lehen verbunden ſind, einer ſolchen Dispoſition ſich zu unterwerfen; b) wenn hierzu ſowohl der Lehns-

25) K. Gf. de Winkler, de fideic. fam. rer. mobil. in opusc. minor. tom. II. p. 60.

26) Pr. Landr. Th. 2, Tit. 4, Abſchn. 3, §. 48—61. Bayer. Edict v. J. 1818, Tit. 1, §. 2. Hannöv. Geſetz v. 13. April 1836, §. 30. Braunſchw. Geſetz v. 28. März 1837, §. 24.

herr, als auch die Lehnsſucceſſoren, die aus der Inveſtitur des erſten Erwerbers ein Recht auf das Lehen erworben haben, oder die Mitbelehnten und Geſammthänder ausdrücklich ihre Einwilligung geben [27]). Dagegen können nach einigen Particularrechten [28]) ſowohl Erbgüter als Lehngüter der Gegenſtand eines Familienfideicommiſſes ſein, doch erfordern ſie lehnsherrliche Cognition und Einwilligung. Iſt jedoch ein Lehen zu einem Familienfideicommiß rechtsbeſtändig conſtituirt worden, ſo gilt auch der Grundſatz, daß in allen Fällen, in welchen zwiſchen der Lehnsqualität der Sache und der Natur des Fideicommiſſes ein Conflict entſteht, die letztere Eigenſchaft prävalirt.

Der Fundation muß die Sicherſtellung des im Fideicommißverbande befindlichen Vermögens folgen. Der erſte Schritt, der in dieſer Beziehung zu thun iſt, iſt die Ausſcheidung aller fremder Anſprüche. Denn nicht nur um das Fideicommiß der Gefahr einer Execution und der gerichtlichen Verſteigerung zu entziehen, iſt dieſe Maßregel nöthig, ſondern auch, um den Umfang und die Größe des Fideicommißvermögens kennen zu lernen. Dieſe erlangte Kenntniß muß ſodann für alle künftige Zeiten bewahrt werden. Dieß geſchieht durch die Errichtung eines Inventars oder durch ein unter Zuziehung ſämmtlicher Intereſſenten angefertigtes Verzeichniß der zum Fideicommiſſe gehörigen Stücke. Das letztere zu ediren iſt der Fideicommißbeſitzer ſelbſt dann verbunden, wenn der Stifter die Errichtung eines Inventars erlaſſen hat. Was hiernächſt die Sicherſtellung der Subſtanz betrifft, ſo iſt zwar eine Cautionsbeſtellung von Seiten des Fideicommißbeſitzers in der Regel nicht nöthig, allein wenn derſelbe ſeine Befugniſſe überſchreitet, ſo können die übrigen Fideicommißintereſſenten, deren eventuelle Rechte hierdurch gefährdet werden, auf Cautionsleiſtung dringen, ſelbſt wenn der Stifter die Beſtellung einer Caution den Beſitzern des Fideicommiſſes ausdrücklich erlaſſen haben ſollte. Es iſt auch nicht ungewöhnlich, daß die Ueberwachung des Fideicommiſſes einer beſonders dazu verpflichteten Perſon (einem Fideicommißcurator) übertragen wird. Dieſer Curator, den entweder der Stifter oder die Fideicommißanwärter oder die competente Fideicommißbehörde beſtellen kann, darf, ſobald ſtreitende Intereſſen dieß nicht unthunlich erſcheinen laſſen, auch aus dem Mittel der Anwärter genommen werden. Seine Pflicht iſt, überall das Fideicommiß zu vertreten, wo deſſen Exiſtenz gefährdet erſcheint. Als auf die Sicherheit der Subſtanz abzielende Maßregeln ſind auch noch die Reverſe und eidlichen Angelöbniſſe zu erwähnen, welche zuweilen,

---

27) J. Chr. Pesler, de feudo fideicommissario, in Jenichen thesaur. iur. f. tom. II. 18. p. 305. M. H. Kersten, de fideic. perpetuo fam. in feudo. Lips. 1731. 4. E. J. Fr. Manzel, de fideic. famil. qualitate feudo superaddita. Rost. 1742. 4.

28) Sächſ. erl. Prozeßordn. v. 10. Jan. 1724 ad tit. XLV. §. 7. Weimar. Geſetz v. 22. April 1833, §. 5. Hannöv. Geſetz v. 13. April 1836, §. 29. Braunſchweig. Geſ. v. 28. März 1837, §. 21. Mecklenburgiſche Rechtsſprüche herausg. von Kamptz, Th. 2, Nr. 163, S. 123.

in Folge beſonderer Hausgeſetze, die Beſitzer des Fideicommiſſes auszuſtellen und abzulegen haben, bevor ihnen die Güter eingeräumt werden.

Durch die Begründung des Fideicommißverbandes werden gewiſſe Rechtsverhältniſſe erzeugt, die verſchieden ſind, je nachdem ſie die Fideicommißintereſſenten oder dritte Perſonen betreffen. Unter den erſteren ſind im allgemeinen diejenigen Mitglieder der Familie zu verſtehen, welche durch ihre Geburt aus der Anordnung des Stifters ein Recht auf das Fideicommiß erlangt haben. Dieſes Recht iſt entweder ein gegenwärtiges, purificirtes, mit Beſitz verbundenes, oder ein zukünftiges, eventuelles, von dem Eintritte einer Bedingung annoch abhängiges, ohne wirklichen Beſitz. Das erſtere ſteht dem Fideicommißinhaber, das letztere den Fideicommißanwärtern zu. Beide beſchränken ſich gegenſeitig, und dieſe Beſchränkung iſt's, nach welcher die Rechte und Pflichten des Fideicommißinhabers beurtheilt werden müſſen. Derſelbe hat nicht blos das Recht der Nutznießung, ſondern auch Proprietätsrechte. Zu den Rechten auf die Subſtanz, die ihm zuſtehen, gehören: a) das Recht, die mit Fideicommißqualität belegte Sache gerichtlich zu verfolgen und zu vertheidigen, nur muß er ſich der ihm zur Seite ſtehenden Rechtsmittel bona fide und nicht gegen das Recht der Anwärter bedienen. Wegen Vernachläſſigungen bleibt er ſeinen Nachfolgern zur Schadloshaltung verhaftet; daher es jedem Fideicommißinhaber anzurathen iſt, den Anwärtern den Streit zu verkünden. Wegen der Prozeßkoſten darf jedoch in keinem Falle die Subſtanz des Fideicommiſſes angegriffen werden. b) Das Recht, über die Subſtanz zu verfügen, wenn dieſelbe dadurch nicht verſchlechtert oder dergeſtalt umgeformt wird, daß die Sache zu einer ganz anderen Art von Sachen übergeht, als zu der ſie bisher gehört hat. c) Als ein Ausfluß des Rechtes auf die Subſtanz iſt es ferner anzuſehen, daß hinſichtlich eines auf dem Fideicommißgute gefundenen Schatzes dem Beſitzer dieſelben Rechte zuſtehen, welche die Geſetze überhaupt freien Eigenthümern in dieſer Hinſicht zugeſtanden haben (Abw. öſterr. Geſetzb.). d) Kann er unbeſchränkter Eigenthümer des Fideicommiſſes werden, wenn die berufenen Linien ohne Hoffnung einer Nachkommenſchaft ausgeſtorben ſind, weil in ihm, als dem letzten Beſitzer, ſodann alle Rechte ſich concentriren, die vordem der Geſammtheit der Familie zuſtanden. Ob er aber in dieſem Falle nur auf den Todesfall oder ob er auch unter Lebenden über das Fideicommiß verfügen kann, iſt ſtreitig; es verdient jedoch die Meinung derer, welche dem letzten Stammhalter ohne allen Unterſchied ein unbeſchränktes Dispoſitionsrecht über das Fideicommiß einräumen, den Vorzug.

Die Rechte, die dem Beſitzer des Fideicommiſſes in Anſehung des Genuſſes zuſtehen, laufen in der Hauptſache darauf hinaus, daß er die Hauptſache und deren Zubehör gebrauchen und alle ordentlichen und außerordentlichen Nutzungen daraus ziehen und ſolche wie ein allodiales Gut auf ſeine Erben bringen kann. Dieß gilt auch von den natürlichen Acceſſionen des Grundſtückes ohne Unterſchied, ob der Zuwachs ein ſolcher iſt, der ſich nach und nach an das Grundſtück anſetzt und mit demſelben ſo verbunden iſt, daß er ſich von der Hauptſache

nicht unterſcheiden läßt, oder ob er davon abgeſondert und unterſchieden iſt. Der Beſitzer des Fideicommiſſes darf jedoch die Sache nur nach ihrer Beſtimmung als ein guter Wirth gebrauchen. Er hat demnach nicht nur für alle Deterioration zu ſtehen, wenn ihm dabei eine culpa levis zur Laſt fallen ſollte, ſondern er iſt auch für ſchädliche Unthätigkeit verantwortlich. Nur für den Zufall und den Nachtheil, der aus nicht vorauszuſehenden Ereigniſſen dem Fideicommiſſe zugezogen worden iſt, ſo wie für mäßige Verſehen braucht er nicht zu haften. Der Fideicommißinhaber muß ferner alle ſowohl ordentliche als außerordentliche Laſten des Fideicommißgutes tragen. Was jedoch die letzteren betrifft, ſo kann durch Verordnung des Stifters oder durch Uebereinkunft unter den Fideicommißintereſſenten dem Beſitzer auf mancherlei Art Erleichterung verſchafft werden, wie es denn auch in dieſer Beziehung nicht an particularrechtlichen Beſtimmungen fehlt. Endlich hat der Fideicommißbeſitzer die Pflicht auf ſich, nach ſeinem Tode das Fideicommiß in dem nämlichen Stande, in welchem es von ihm übernommen wurde, ſeinem Nachfolger zu reſtituiren. Zugleich mit dem Hauptgute müſſen die Verbeſſerungen, welche von dieſem nicht getrennt werden können, dem Fideicommißfolger ausgeliefert werden. Es verſteht ſich jedoch von ſelbſt, daß die Allodialerben des verſtorbenen Beſitzers wegen der darauf verwendeten Koſten entſchädigt werden müſſen. Bei der Beſtimmung dieſer Vergütung kommt jedoch nicht in Betracht, was die Anlagen urſprünglich gekoſtet haben, ſondern es iſt auf den vorhandenen wahren Werth derſelben, inſofern er den Nutzen nicht überſteigt, zu ſehen, und ſolcher durch vereidete Sachverſtändige auszumitteln. Voluptuariſche Ausgaben dagegen können nicht zurückgefordert werden, höchſtens können Meliorationen der Art, ſo weit es ohne Verletzung der Subſtanz möglich iſt, zurückgenommen werden. Es hat aber in dieſem Falle der Fideicommißnachfolger die Wahl, ſo wie bei trennbaren nützlichen Verbeſſerungen, ob er den billigen Werth derſelben erſetzen oder ſie zurückgeben will.

Die Rechte, welche die Fideicommißanwärter, d. h. diejenigen Perſonen haben, welchen als Geſchlechtsfolgern vermöge der Anordnung des Stifters ein gegründetes Recht auf den Beſitz und Genuß des Fideicommiſſes zuſteht, ſobald ſie die Reihe trifft, müſſen aus dieſem eventuellen Succeſſionsrechte abgeleitet werden. Sie laufen insgeſammt auf Sicherheitsmittel hinaus, durch welche ſie, als Eventualberechtigte, in den Stand geſetzt ſind, zu verhüten, daß ihr künftiges Recht durch Handlungen eines Anderen nicht vereitelt werde. Sie ſind nicht blos negativer Natur, d. h. ſie beſtehen nicht blos aus Widerſpruchsrechten, ſondern dieſelben ſteigern ſich oft bis zum ſelbſtſtändigen Einſchreiten. Die Rechte der Anwärter gegen den Beſitzer des Fideicommiſſes ſind rein perſönlich; der Tendenz nach kommen ſie alle darin überein, daß von Seiten des Fideicommißinhabers nichts geſchehe, wodurch die Subſtanz des Fideicommiſſes auf irgend eine Weiſe geſchmälert werden kann. Inſofern den Anwärtern aber auch das Recht zuſteht, Andere an der Zerſtörung der Subſtanz zu hindern, und über dieſe im Einverſtändniſſe unter einander

und mit dem Fideicommißbeſitzer unbeſchränkt zu verfügen, inſofern kann den Anwärtern auch ein Recht auf die Subſtanz ſelbſt nicht abgeſprochen werden. Vor allem wichtig iſt hier das den Anwärtern zukommende Revocationsrecht im Falle einer widerrechtlichen Veräußerung des Fideicommiſſes[29]). Dieſes iſt in der That nichts anderes, als das Recht, das zu ihrem Nachtheile veräußerte Fideicommiß, vermöge der ihnen deferirten Fideicommißfolge, von jedem Beſitzer deſſelben zu vindiciren. Die Klage geht gegen jeden Beſitzer und iſt darauf gerichtet, daß derſelbe das Fideicommiß cum omni causa reſtituire. Sie kommt allen rechtmäßig gebornen Agnaten in der Ordnung zu, nach welcher ſie zur Succeſſion im Fideicommiſſe berufen ſind. Das Revocationsrecht wird dadurch, daß der ſolches ausübende, an der Reihe zur Succeſſion ſtehende Anwärter zugleich Allodialerbe ſeines Vorgängers wird, der das Fideicommiß widerrechtlich veräußerte, nicht verhindert, er wird jedoch dadurch zu Wiedererſtattung des Kaufpreiſes verbunden. Die Revocationsklage verjährt innerhalb 30 Jahren von Zeit des Fideicommißanfalles gerechnet, denn ſo lange ein Anwärter kein Klagerecht hat, ſo lange kann wider denſelben auch die Verjährung nicht zu laufen anfangen. Da nun jenes dem Agnaten in der Regel erſt bei deferirter Succeſſion zuſteht, ſo kann auch dieſe erſt von der Zeit der deferirten Fideicommißfolge an gerechnet werden. Uebrigens ſteht dem entfernteren Anwärter nicht entgegen, daß einer oder der andere ſeiner Vormänner das Fideicommiß binnen 30 Jahren zu revociren unterlaſſen hat, weil die Nachläſſigkeit desjenigen, gegen welchen die Verjährung vollbracht iſt, ſeinem Rechte keinen Eintrag thun kann.

Außer den Familienmitgliedern, die zur Succeſſion vom Stifter des Fideicommiſſes berufen ſind und den Beſchützern des Fideicommiſſes, die vermöge ſpecieller geſetzlicher oder zu Folge von Privatanordnungen die beſondere Aufſicht über daſſelbe zu führen oder es in einzelnen Fällen zu vertreten haben, können auch dritte Perſonen vorkommen, die zu dem Fideicommiſſe in gewiſſen Rechtsverhältniſſen ſtehen. Es ſind dieß die Erben des verſtorbenen Fideicommißbeſitzers und die Fideicommißgläubiger.

Die Rechte, welche nach der Scheidung des Fideicommiß- und Allodialvermögens den Erben des letzteren den Fideicommißſucceſſoren gegenüber zuſtehen, betreffen a) die Anſprüche, welche ſie auf einen verhältnißmäßigen Theil der Früchte des Sterbejahres haben, und b) die Anſprüche, welche wegen der Fideicommißverbeſſerungen oder Verſchlimmerungen bald die Allodialerben an die Fideicommißerben, bald umgekehrt letztere an jene machen. Für beide Fälle hat man particularrechtlich verſchiedene Grundſätze zur Anwendung gebracht, hier die Trennung des Lehns vom Erbe, dort die Auseinanderſetzung zwiſchen Uſufructuar und Eigenthümer zum Vorbilde genommen. So ſollen nach

29) G. A. Jenichen, de alienatione fideic. et bon. fam. ac de iure revocandi eandem, in ejs. thes. iur. feud. III. p. 403.

preuß. Rechte[30]) die Früchte des letzten Wirthſchaftsjahres in der Maße getheilt werden, wie zwiſchen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer. Dieſem Grundſatze, der auch von mehreren Rechtsgelehrten adoptirt worden iſt[31]), huldigt ebenfalls das öſterr. Geſetzbuch[32]). Dagegen finden wegen der Meliorationen nach preußiſchem Landrechte[33]) diejenigen Vorſchriften Anwendung, welche daſſelbe wegen der Auseinanderſetzung zwiſchen dem Lehnsfolger und den Allodialerben ertheilt. Das bayer'ſche Edict[34]) legt auch hier die Beſtimmungen des bürgerlichen Rechtes über die gegenſeitigen Verhältniſſe des Eigenthümers zum Nutznießer zum Grunde, während nach dem öſterr. Geſetzbuche[35]) den Allodialerben überhaupt nur der Aufwand erſetzt zu werden braucht, welchen ihr Erblaſſer zur Erhaltung oder zu wichtigen, mithin dauerhaften, Verbeſſerungen des Fideicommiſſes gemacht hat. Gemeinrechtlich ſind hierüber ſpecielle Beſtimmungen nicht vorhanden, daher hat der Richter in vorkommenden Fällen die Wahl, welche von den zwei erwähnten Analogien, die die in Teutſchland recipirten fremden Rechte darbieten, er vorzugsweiſe anwenden will: ob die Lehre des römiſchen Rechtes vom Nießbrauche oder die Lehre des Lehnrechtes von der Sonderung des Lehens vom Allode. Die letztere Analogie verdient jedoch den Vorzug[36]), da zwiſchen den Verhältniſſen des Vaſallen und des Fideicommißbeſitzers offenbar ein weniger auffallender Unterſchied ſtattfindet, als zwiſchen dem letzteren und dem Uſufructuar.

Dem Allodialerben ſteht dieſer Anſprüche halber ſowohl das Recht der Klage und Einrede, als das Retentionsrecht zu. Der Fideicommißfolger kann jedoch daſſelbe durch hinlängliche Sicherheitsleiſtung heben und nach beſchaffener Caution den Beſitz des angefallenen Fideicommiſſes rechtlich fordern.

Was hiernächſt die Fideicommißgläubiger anbelangt, ſo ſind darunter nur die zu verſtehen, welche aus einem beſonderen Grunde ihre Bezahlung entweder aus der Subſtanz des Fideicommiſſes ſelbſt oder wenigſtens aus deſſen Nutzungen, doch von jedem Beſitzer des Fideicommiſſes, verlangen können. Sie haben, mag das eine oder das andere ſein, beide ein dingliches Recht, doch hat das Pfandrecht der Gläubiger, deren Forderungen blos durch die Früchte geſichert ſind, die volle Wirkung eines Pfandrechtes nicht, weil das Recht, die Feilbietung des Fideicommiſſes zu fordern, hier wegfällt. Zu der erſten Claſſe von Fideicommißſchulden gehören: a) diejenigen, welche von dem Stifter des Fideicommiſſes herkommen, ferner b) die Schulden, die zu Folge der Dispoſition des Stifters von den Fideicommißſucceſſoren auf das Gut

30) Landr. a. a. O. §. 212.
31) K. Fr. A. Ph. v. Dalwigk, Erbrecht Th. 3, Abſchn. 1, §. 43, S. 99.
32) §. 643.
33) A. a. O. §. 211.
34) §. 74 u. 75.
35) §. 641.
36) Eichhorn, teutſch. Privatr. §. 367.

zu übernehmen geweſen ſind und c) die von dieſen Schulden verfallenen Zinſen. Wegen der Zinſen, die die Fideicommißbeſitzer haben aufſchwellen laſſen, ſteht jedoch den Nachfolgern der Regreß an die Allodialnachlaßmaſſe der ſäumigen Fideicommißbeſitzer zu. Zu der zweiten Claſſe von Fideicommißſchulden gehören a) diejenigen, welche zu ſolchen Verbeſſerungen contrahirt und verwendet worden ſind, deren Vergütung die Allodialerben von jedem Fideicommißſucceſſor verlangen können. Hierbei wird jedoch vorausgeſetzt, daß der im Fideicommiſſe ſuccedirende Agnat von der Verwendung den fortdauernden Nutzen habe. Derſelbe hat auch nicht eben das fremde Geld, welches zum Beſten des Fideicommiſſes verwendet worden iſt, ſondern nur den zur Zeit des Fideicommißanfalles vorhandenen wahren Werth der Melioration zu bezahlen. b) Die gleiche Verpflichtung der Anwärter, wenn ſie zur Succeſſion gelangen, aus den Einkünften des Fideicommiſſes Schulden ihres Vorgängers zu bezahlen, iſt vorhanden, ſobald fundationsgemäß den zeitigen Fideicommißinhabern geſtattet iſt, das Fideicommiß quoad fructus bis zu einem gewiſſen Betrage zu verpfänden; denn eine ſolche Verpfändung gilt, Kraft der Anordnung des Stifters, auch dann, wenn das Fideicommiß nach dem Tode des Beſitzers auf die nachfolgenden Anwärter verfällt wird. c) Gehören hierher auch diejenigen Schulden, für welche mit Conſens der Anwärter die Fideicommißnutzungen verpfändet worden ſind. Es haften für dieſe Schulden aber nur diejenigen Fideicommißſucceſſoren, welche dazu ihre Einwilligung verbindlich gegeben haben. — Was die Erwerbung eines Familienfideicommiſſes betrifft, ſo iſt eine Erklärung des berechtigten Anwärters, daß er das Fideicommiß erwerben wolle, eben ſo wenig nöthig, als es einer beſonderen Antretung oder Transmiſſion der Erbſchaft bedarf. Das Fideicommiß geht unmittelbar von Rechtswegen nach der vom Stifter ſelbſt im voraus bezeichneten Erbfolgeordnung oder, wenn darüber keine Beſtimmung vorhanden iſt, nach Maßgabe der geſetzlichen Inteſtaterbfolge, welche Land- oder Lehnrecht im Erbe oder Lehen geſtatten, auf den berechtigten Fideicommißanwärter über. Die Succeſſion mag ſich nun aber nach der einen oder anderen Art beſtimmen, ſo iſt ihr Grund nichts deſto weniger lediglich in dem Willen des Stifters zu ſuchen, auch wird durch dieſelbe dem ſucceſſionsberechtigten Anwärter kein neues Recht erworben, ſondern das bereits bedingt verliehene Recht geht blos bei purificirter Bedingung auf ihn über und er erhält von dem ihm bereits urſprünglich zuſtehenden Rechte durch die ihm deferirte Succeſſion auch die Ausübung deſſelben. Es iſt hierbei mehr von einem Einrücken in den Beſitz als von einem Erbverhältniſſe die Rede. Der Nachfolger leitet ſein Recht nicht ex persona defuncti ab, ſondern aus der Stiftung und aus der Abſtammung vom Stifter. Aus dieſem Grunde brauchen auch die Fideicommißfolger, als Singularſucceſſoren, nicht für die von ihren Vorgängern unternommenen Handlungen zu haften, außer wenn ſie zufällig zugleich Erben des letzten Fideicommißbeſitzers geworden ſind. Nothwendig iſt aber dieſe Verbindung nie, ſelbſt nicht der richtigeren Meinung nach, wenn das Gut, worauf die Stiftung ſich bezieht, ein Lehngut iſt, weil hier die Stiftung dem Geſetze dero-

girt. Da die Erbfolge lediglich aus der Fürſorge der Vorfahren datirt, ſo umfaßt ſie auch nur diejenigen Mitglieder der Familie, welche unter der Dispoſition des Stifters begriffen ſind. Dieß gilt in der Regel nur von den ehelichen Deſcendenten des Stifters und deren Nachkommen in infinitum. Ausgeſchloſſen ſind daher: a) die Seitenverwandten und Ascendenten, wenn hinſichtlich ihrer nicht beſonders eine Anordnung gemacht worden iſt; ferner b) die Ehegatten der ſtiftungsmäßigen Nachfolger, c) die adoptirten Kinder, d) die unehelichen und e) die legitimirten Kinder, wenigſtens die per rescriptum legitimirten. Dagegen kommt bei dieſer Erbfolge weder der Grundſatz des römiſchen Rechtes, nach welchem die halbbürtigen Geſchwiſter von den vollbürtigen Geſchwiſtern ausgeſchloſſen werden, noch die Parömie des teutſchen Rechtes: halbe Geburt tritt einen Grad rückwärts, zur Anwendung; auch findet der Abzug der trebellianiſchen Quart dabei nicht ſtatt[37]).

Die Präſumtion für die ſtillſchweigende Ausſchließung des weiblichen Stammes durch den Mannsſtamm iſt jedoch nur da begründet, wo Landesgeſetze oder Standesgebrauch dafür ſprechen. Das Letztere iſt der Fall bei adeligen Familienfideicommiſſen, die entſchieden auf eine conservatio agnatica gerichtet ſind[38]). Die Untheilbarkeit der Fideicommiſſe (d. h. in Bezug auf die Erbfolge, damit nicht mehrere, gleichzeitig zur Succeſſion Berechtigte partes pro indiviso an dem Fideicommißgute haben ſollen) iſt in der Natur des Inſtitutes nicht begründet, ſie muß beſonders verordnet ſein. Es treten aber oft Conjuncturen ein, die für das Princip der Untheilbarkeit ſprechen und daſſelbe als ſtillſchweigend feſtgeſetzt erſcheinen laſſen. Durch neuere Geſetze iſt jedoch die Individualſucceſſion bei Familienfideicommiſſen ein für allemal aus guten Gründen angeordnet worden[39]). Zu einer materiellen Theilung kann es, ſo lange der Fideicommißverband beſteht, aber auch da nicht kommen, wo mehrere Anwärter ein gleiches Succeſſionsrecht haben und vermöge deſſelben zum gemeinſchaftlichen Beſitze des Fideicommiſſes gelangen; denn wenn auch nach gemeinem Rechte auf die Theilung einer gemeinſchaftlichen Sache provocirt werden darf, ſo hat doch die Gemeinſchaft des nutzbaren Eigenthums, welches die gleichberechtigten Fideicommißfolger am Fideicommiſſe haben, das Beſondere, daß ſie lediglich auf die Nutzungen und den Beſitz des Fideicommiſſes ſich beſchränkt.

---

37) E. J. Bülow, diss. qua an quartae Trebellianicae et legitimae deductio in fideic. fam. potissim. filiabus liceat? disquiritur. Gotting. 1751.

38) H. Kemmerich, de inst. germ. ad conservat. fam. spect. Jen. 1737. C. W. Strecker, de splendore fam. illustr. conserv. Erf. 1747. E. Guil. Maur. de Bode, de succ. gentil. vulgo die Stammsfolge u. ſ. w. Gotting. 1750. Jo. St. Pütter, de norm. decidendi successionem fam. illustr. controversiam. Gotting. 1757.

39) Bayer. Edict v. 26. Mai 1818, §. 87. Preuß. Landr. Th. 2, Tit. 4, §. 140 und Tit. 9, §. 40. Hannöverſch. Geſ. v. 13. April 1836, §. 29. Braunſchw. Geſ. v. 28. März 1837, §. 23.

Der Fideicommißverband erliſcht a) mit dem Tode aller zur Succeſſion im Fideicommiſſe berufenen Familienglieder. Der Letzte des Stammes genießt daher alle Rechte einer freien Dispoſition, die der Stammhalter hatte. Verſtirbt derſelbe ab intestato, ſo ſuccediren ihm die nächſten Erben nicht ex pacto et providentia maiorum, ſondern wie in dem übrigen Allodialvermögen ex iure communi. Nur hinſichtlich der Lehngüter findet dießfalls eine Ausnahme ſtatt, indem dieſe dem Lehnsherrn anheimfallen. b) Ob durch das vollkommene und unbedingte Einverſtändniß aller lebenden Intereſſenten eine Aufhebung des Fideicommißnexus zum Präjudiz der noch nicht gebornen Nachkommenſchaft herbeigeführt werden könne, iſt ſtreitig[40]. Von einigen Rechtslehrern wird dieß behauptet, weil den nachgebornen Mitgliedern ein Revocationsrecht nicht zuſtehe, und ein einmal giltig verzichtetes Recht nicht wieder aufleben könne. Andere halten eine Auflöſung des Fideicommiſſes durch Uebereinkunft der Intereſſenten nur dann für giltig, wenn die Aufhebung durch die geſetzgebende Gewalt beſtätigt, oder den noch nicht Gebornen ein Curator beſtellt worden iſt, und dieſer wegen eines von ihm anerkannten Nutzens in die Aufhebung des Fideicommiſſes gewilligt hat. Die Beſtimmungen des römiſchen Rechtes[41]) in Hinſicht der Rechte der Nachgebornen bei Veräußerung eines Fideicommiſſes können zwar auf teutſche Fideicommiſſe nicht angewendet werden, denn beide Inſtitute ſind weſentlich von einander verſchieden; indeß hat doch der Grundſatz: daß man die abſtracte Natur der Fideicommiſſe nicht zum Entſcheidungsgrunde bei der Frage von den Rechten der nachgebornen Kinder bei Aufhebung eines Fideicommiſſes nehmen dürfe, in Praxi entſchieden die Oberhand behalten, weil die nachtheiligen Folgen, die aus Anwendung der gegentheiligen theoretiſchen Anſicht nothwendig entſpringen müßten, gar nicht zu überſehen ſein würden. Dieſe Anſicht wird auch durch analogiſche Gründe und durch teutſches Herkommen unterſtützt. So können Lehen, die ratione condominii familiae den Familienfideicommiſſen gleichen, mit Einwilligung der Agnaten und des Lehnsherrn veräußert werden, ohne daß eine ſolche Veräußerung die nachgebornen Kinder zu widerrufen[42]) berechtigt ſind. Bei Stammgütern, aus denen die Familienfideicommiſſe doch erſt hervorgegangen ſind, findet nach teutſchem Herkommen ganz daſſelbe ſtatt. Denn auch ſie ſind von jeher mit Einwilligung der Erben giltig veräußert worden[43]).

---

40) Jo. Fr. Hertel, de alien. fideic. fam. vel omnibus etiam de ea consentientibus illicita. Jenae 1737. 4. Hr. G. Bauer, fideic. fam. relicti alienatio, consentient. iis, quorum interest facta quatenus damnosa sit liberis. Lips. 1770. 4. J. J. Beck, de licita maior. et fideic. fam. nobil. alienatione. Altd. 1735. 4. A. Fr. S. Green, de alienat. f. f. ob damnum fatale. Lips. 1762. 4.

41) L. 120. §. 1. de leg. I. u. L. 11. C. de fideic.

42) Weber, Handb. des Lehnr. Bd. 4, §. 276.

43) C. Kephalides, de alienat. fideic. fam. vel sine consensu liberorum postea procreatorum licita. Erlang. 1794. Fr. v. Lochner, rechtl. Unterſuch. der Frage: Kann eine mit Einwilligung aller Intereſſenten geſchehene

Die Particulargeſetzgebung hat ſich unter verſchiedenen Modificationen bald der einen, bald der anderen Anſicht angeſchloſſen[44]).

Carl von Salza.

Faſten[1]) iſt die Enthaltung von Speiſen für eine gewiſſe Zeit, beſonders für einen ganzen Tag[2]).

Als ein vorzüglich geeignetes Mittel der Vervollkommnung, der Abtödtung des Fleiſches, um das geiſtige Princip im Menſchen kräftiger hervortreten zu laſſen, ſo wie mitunter auch um die über die Sünden der Welt erzürnte Gottheit zu beſänftigen, iſt beinahe bei allen Völkern das Faſten üblich geworden. Als eine allgemeinere und häufigere Sitte finden wir es indeſſen im Oriente, was ſich zum Theil aus phyſiſchen Gründen erklären läßt[3]). Von den Juden ſowohl, als den Heiden wurden einzelne Faſten mit in die Kirche hinüber gezogen, in welcher ſich bald ſtrenge Anſichten entwickelten, gegen welche aber auch von anderer Seite ein freieres Princip vertheidigt ward. Feſtere Grundſätze finden ſich ſeit dem fünften Jahrhunderte, welche da, wo überhaupt der Gebrauch noch allgemeiner beſteht, im weſentlichen als die herrſchenden zu betrachten ſind. Die Principien der griechiſchen und katholiſchen Kirche ſind von den Evangeliſchen nicht anerkannt worden, und in der katholiſchen Kirche ſelbſt fehlt es nicht an ſolchen, welche größere Freiheit in der Faſtendisciplin in Anſpruch nehmen, welche Aufhebung der gebotenen Faſten fordern und verlangen, daß dem Gewiſſen jedes die Beobachtung anheim gegeben werde[4]).

Die Kirche unterſcheidet das eigentliche Faſten (ieiunium), als

---

Veräußerung eines Fideicommiſſes oder Stammgutes von den nach der Veräußerung gebornen Kindern widerrufen werden? Bamberg 1795. Geiger und Glück, Rechtsfälle Bd. 2, 23, S. 130.

44) Ergänzungen des preuß. Landr. Bd. 1, S. 282. Paalzow, Handb. für prakt. Rechtsgelehrte Th. 2, S. 245. Bayer. Edict v. 1818, §. 97. Oeſterr. Geſetzb. Art. 644. Badiſches Landr. §. 575, c. 5. Brauer, Erläuterungen zum badiſch. Landr. Th. 1, S. 456. Die churf. ſächſ. 10. Deciſion v. 1746 und H. Gottfried Bauer, Erläuterungen derſelben Th. 1, S. 101—115, ſo wie die Authentica v. 21. Juni 1820.

1) Quellen. Bei Gratian iſt an mehreren Stellen davon die Rede, beſonders P. I. dist. LXXVI. P. III. dist. V. can. 6. 7. 16 sq. — Gregor IX. Decret. Tit. de observatione ieiuniorum. (3. 46.) Conc. Trid. sess. XXV. de delectu ciborum, ieiuniis et diebus festis.

Literatur: J. H. Boehmer, de iure circa ieiunantes, abstinentes et ieiunos. Halae 1722. 4. verb. mit Jus eccl. Prot. lib. III. tit. 46. Auguſti, Denkwürdigkeiten aus der chriſtlichen Archäologie Bd. X, S. 311—420 (Lit. S. 311, 312). Binterim, die vorzüglichſten Denkwürdigkeiten der chriſtkatholiſchen Kirche Bd. II, Abth. 2, S. 589—632. (Ueber die Faſtendisciplin in Teutſchland im 8. und 9. Jahrhunderte.) Bd. V, Abth. 2, S. 3—168 (Lit. S. 7, 111). Helfert, Darſtellung der Rechte, welche in Anſehung der heiligen Handlungen ſtattfinden (Prag 1826. 8.), §. 87—95.

2) Von fastan, beobachten, halten. Schon früh daher durch observantia erklärt (Graff, althochteutſcher Sprachſchatz Bd. III, S. 725).

3) Böttiger, Ideen zur Kunſtmythologie S. 129 flg.

4) Der katholiſchen Kirche zweiter Theil §. 17, S. 378—391. Altenburg 1830. 8.

die Enthaltung von jeder Nahrung überhaupt, von der bloßen Abſtinenz, der Enthaltung von Fleiſchſpeiſen [5]). Die eigentlichen Faſten dauerten regelmäßig einen ganzen Tag, von der Vesper bis zur Vesper, ja mitunter, nach dem Beiſpiele der Juden, 28 Stunden, indem man 4 Stunden zulegte (ὑπερθέσις, superpositio), bis die Sterne am Himmel ſtanden [6]). In Teutſchland ward dieſe Strenge bis zum zwölften Jahrhunderte beobachtet [7]). Seitdem fing man an, ſchon um die 9. Stunde (3 Uhr Nachmittags) die Faſten zu löſen, was ſeit dem vierzehnten Jahrhunderte ſchon um die 6. Stunde (12 Uhr) geſchah. Dieſer Gebrauch iſt auch jetzt noch anerkannt, und der Unterſchied der ieiunia plena und semiieiunia (dimidiata) daher antiquirt [8]). Die Faſten ſind aber entweder auferlegte (iei. imperatum), wenn ſie auf geſetzlicher Vorſchrift, Gewohnheit, Auftrag des Beichtigers beruhen, oder übernommene (iei. votivum, ex voto et conscientia) in Folge eines Gelübdes [9]). Die auferlegten Faſten ſind ordentliche oder außerordentliche, letztere inſofern ſie erſt im beſonderen Falle durch Hirtenbriefe u. ſ. w. vorgeſchrieben werden [10]). Iſt mit den Faſten eine eigenthümliche Liturgie verbunden, ſind zugleich öffentliche und rauſchende Vergnügungen unterſagt, dann ſind ſie nach den Grundſätzen über Feſttage (ſ. den Art.) zu beurtheilen, und es entſteht ein ieiunium publicum, im Gegenſatze des privatum [11]).

Die Faſten beruhten in der Kirche anfangs auf Gewohnheit, für welche man ſich auf das Beiſpiel Chriſti ſelbſt [12]) und der Apoſtel [13]) beziehen konnte. Geſetzliche Beſtimmungen wurden ſeit dem vierten Jahrhunderte erlaſſen. Allgemeiner wurde zuerſt das Faſten zum Andenken an das Leiden Chriſti [14]). Mit Bezugnahme auf die Vorausſagung des Herrn (Ev. Matthäi c. IX, V. 15) und daß Chriſtus ſelbſt 40 Tage

---

5) Der Unterſchied von ieiunium und abstinentia ſteht jetzt praktiſch feſt und iſt in den Quellen ſehr zeitig anerkannt. M. ſ. z. B. c. 6. §. 1. dist. IV. (Gregor I. ?); die Ausdrücke ſelbſt werden indeſſen oft verwechſelt. Auguſti a. a. O. X. S. 317, behauptet jedoch, daß das Abſtinenzgebot im kirchlichen Sprachgebrauche in der Regel die verſtärkte Bedeutung, die Verſagung und Enthaltung alles Genuſſes, bezeichne, was nicht richtig iſt.

6) Tertullian. de ieiunio cap. 16.

7) Theodulphus Aurelian. c. 38. (a. 797.) in c. 50. dist. I. de consecr., dem Grodogangs Regel zum Muſter dienen mochte, und welchem Conc. Aquisgran. a. 817. cap. 39. u. a. folgten. S. auch Binterim a. a. O. II, 2, S. 605 flg.

8) Die Behauptung Eichhorn's, Kirchenrecht Bd. II, S. 565, Anm. 2: Auch das Faſten im eigentlichen Sinne iſt nach dem neueren Gebrauche eine bloße Abſtinenz, iſt nicht richtig.

9) S. G. L. Böhmer, principia iuris can. §. 321. not. a. b.

10) S. Tertullian. de ieiunio c. 13. Vgl. Neander, Antignoſtikus Geiſt des Tertullian S. 287, 290.

11) S. G. L. Böhmer l. c. §. 322. not. a.

12) Ev. Matth. c. IV. am Anf. vgl. VI, 16—18. XVII, 21.

13) Apoſtelgeſch. c. XIII, 2. 3. c. XIV, 23. II. Corinth. c. VI, 5.

14) Tertullian. de ieiunio c. 2. Vgl. Neander, Antignoſtikus S. 181 flg. Irenaeus bei Eusebius, hist. eccl. lib. V. c. 24.

gefaſtet, enthielt man ſich 40 Stunden, vom Freitage, als dem Tage, an welchem er gekreuzigt, bis zum Sonntage, als dem Auferſtehungsmorgen, jeglicher Speiſe. Nach und nach erweiterte man die Dauer dieſer Faſten als einer Abſtinenz bis auf 40 Tage[15]) vor Oſtern (ieiunium quadragesimale, τεσσαρακοστή, quadragesima), die **Quadrageſimalfaſten** oder die Faſten ſchlechthin[16]). Da an den Sonntagen nicht gefaſtet werden durfte[17]), die vollen 40 Tage aber gefaſtet werden ſollte, ſo wurde die Faſtenzeit bis auf die ſogen. Aſchermittwoche, alſo ſechs und eine halbe Woche vor Oſtern zurückverlegt[18]), wie es jetzt noch in der katholiſchen Kirche üblich iſt. Zur Entſchädigung wegen der Entbehrungen in dieſer Zeit ſind deſto größere Luſtbarkeiten in der vorhergehenden Zeit, vom Feſte der heiligen drei Könige ab bis zur Faſtnacht, herkömmlich (der ſogen. Carneval)[19]).

Außer dieſen Faſten vor Oſtern beobachtete man früher auch eine gleich lange Faſtenzeit vor Weihnachten, beginnend mit der Woche, in der das Andenken des heiligen Martinus (11. November) gefeiert wird, daher **quadragesima Martini** oder **Adventsfaſten**, die jedoch ſpäter bedeutend abgekürzt worden iſt. Daſſelbe gilt von den Quadrageſimalfaſten vor dem Feſte Johannis des Täufers[20]). Bemerkenswerth iſt, wie ſich darüber **Burchard** von Worms († 1025) in ſeinem Decret lib. XIX. cap. 5. ausſpricht: Per singulos annos ... tres quadragesimas ... per legitimas ferias debet ieiunare, primam ante Pascha cum ceteris Christianis; alteram ante Nativitatem S. Johannis Baptistae, et si quid remanet, post adimpleas; tertiam ante Nativitatem a vino, a medone mellita, cerevisia, a carne, sagimine et a caseo et a pinguibus piscibus. Seit dem dreizehnten Jahrhunderte ſind die beiden letzteren Faſten nur hin und wieder noch beſchränkt, aber in beſtimmten Folgen (tempus clausum etc.) allgemeiner üblich.

Uralten Urſprungs iſt auch das **Faſten an gewiſſen Tagen in jeder Woche**. Die Juden faſteten wöchentlich zweimal, am Don-

---

15) c. 5. Conc. Nicaen. a. 325. (c. 3. dist. XVIII.) c. 50. Conc. Laodic. a. 347—381. (?) (c. 8. dist. III. de consecr.) Vgl. **Jac. Gothofred.** zu c. 4. 5. C. Th. de quaestionibus. (9. 35.) Tom. III. fol. 276 sq.

16) Die Erweiterung der Faſten auf 7 Wochen (quinquagesima) wird ſchon dem Biſchofe Telesphorus von Rom in der Mitte des zweiten Jahrhunderts beigelegt. S. c. 4. 5. dist. IV.

17) S. unten. Vgl. c. 12. Conc. Agathen. a. 506. (c. 9. dist. III. de consecr.) S. Note 41.

18) Gregor I. Homil. XVI. a. 593. (**Auguſti** a. a. O. X, 398 flg.), woraus jedoch mit bedeutenden Abweichungen c. 16. dist. V. de consecr.

19) Man leitet den Carneval bald von dem jüdiſchen Purim ab (Eſther IX, 17), bald und mit mehr Wahrſcheinlichkeit von heidniſchen Feierlichkeiten (Saturnalien u. ſ. w.). S. **Lobeck**, Aglaophamus T. I. p. 176. 177. — Ueber die Etymologie von Carneval (caro vale, carne levamen ſ. **Auguſti** a. a. O. S. 315, Anm. xx, S. 324).

20) Capitular. lib. VI. c. 187. S. **Auguſti** a. a. O. 402 flg. **Binterim** a. a. O. V, 2, S. 259, verb. II, 2, S. 612.

nerſtage, an welchem Moſes den Sinai beſtiegen, und am Montage, an welchem er von demſelben herabgekommen ſein ſoll [21]). Anfangs mögen die Juden=Chriſten dieſe Sitte beibehalten haben, veränderten aber ſpäter die Tage, indem ſie die Mittwoche und Freitag wählten (dies stationum) [22]), quia quarta feria Iudas de traditione Domini cogitavit, et sexta feria crucifixus est salvator [23]). In der römiſchen und afrikaniſchen Kirche fing man aber auch ſeit dem vierten Jahrhunderte an, den Sonnabend [24]) als Faſttag zu betrachten, weil, wie Innocenz I. im Schreiben an den Decentius im J. 416 äußert [25]): sexta feria propter passionem Domini ieiunamus, sabbatum praetermittere non debemus, quod inter tristitiam atque laetitiam temporis illius videtur inclusum. So gab es nun drei wöchentliche Faſttage, die jedoch nicht überall gleichmäßig befolgt wurden [26]). In Teutſchland wurde vorzugsweiſe der Freitag befolgt, nicht allgemein die Mittwoche und eben ſo wenig der Sonnabend, deſſen jedoch ſeit dem 9. Jahrhunderte ſchon öfter Erwähnung geſchieht [27]). Nachdem der letztere aber allgemeiner recipirt worden [28]), wurde an der Mittwoche nicht weiter gefaſtet, und ſo ſind jetzt allgemein in der katholiſchen Kirche der Freitag und Sonnabend Faſttage.

Außer den wöchentlichen Faſten gibt es auch vierteljährige Faſten (ieiunia quatuor temporum, Quatemberfaſten) [29]). Die Juden faſteten mit Bezugnahme auf die erſte Zerſtörung Jeruſalems im 4., 5., 7. und 10. Monate (Juli, Auguſt, October, Januar) [30]). Nach Pſeudo=Iſidor hat der römiſche Biſchof Calixtus (ann. 219—224) die Quatemberfaſten eingeführt [31]), wogegen ſie ſonſt auf apoſtoliſche Ge=

---

21) S. Ev. Lucä c. XVIII, V. 12. Vgl. Scholz, Handbuch der bibliſchen Archäologie (Bonn 1834), S. 257. Verb. Auguſti a. a. O. S. 404 flg. Binterim a. a. O. V, 2, S. 112 flg.

22) S. Tertullian. de ieiunio c. 14. Vgl. Neander, Antignoſtikus S. 112, 113, 120, 121, 214, 280. Die von Neander mit Anderen beliebte Ableitung von der statio militaris, aus der Vergleichung des chriſtlichen Lebens mit dem Soldatenſtande, wird von Binterim a. a. O. S. 118 flg. gemißbilligt und erklärt durch: Faſttag, bei welchem die Batlanim, geſchäftloſe Gemeindeglieder, gegenwärtig ſein (stare) mußten.

23) c. 76. dist. III. de consecr. (Vitae SC. Patrum Rufino interpr. lib. II. c. 7.)

24) Binterim a. a. O. V, 2, S. 124 flg.

25) Epist. XXV. cap. 7. bei Constant. epistolarum Pontificum Rom. T. I. p. 609. (c. 13. dist. III. de consecr.)

26) Leo IV. c. 850. (c. 11. dist. III. de consecr.) gedenkt nur der feria IV. et VI.

27) S. Capitular. lib. VI. c. 187.

28) c. 31. dist. V. de consecr. (Gregor. VII. a. 1078.) c. 2. X. de ieiunio. (3. 46.) (Innoc. III. a. 1213.) Benedict. XIV. de synodo dioecesana lib. XI. cap. V.

29) Auguſti a. a. O. X, S. 366, 413—415. Binterim a. a. O. V, 2, S. 133 flg.

30) S. Scholz a. a. O. S. 234. Vgl. beſonders Zachariä c. VII, 3 flg. VIII, 19 u. a.

31) c. 1. dist. LXXVI.

wohnheit zurückgeführt zu werden pflegen. So viel ſteht feſt, daß ſie nicht gleichzeitig überall befolgt worden ſind. In der römiſchen Kirche finden ſie ſich ſicher unter Leo I.[32]). In Teutſchland wurden ſie nach der Einführung durch Bonifaz von Karl dem Großen im Jahre 769[33]) und dann auf der Synode zu Mainz im Jahre 813 recipirt[34]) und zwar für die erſte Woche im März, die zweite im Juni, die dritte im September und für die vierte Woche im December. Durch Urban II. wurde im J. 1095 beſtimmt[35]), daß die Quatember im Anfange der Quadrageſima, in der Pfingſtwoche, im September und December obſervirt werden ſollen „more solito.“ Hiernach fallen dieſelben jetzt auf die Mittwoche nach der Aſchermittwoche, Pfingſten, Kreuzerhöhung (14. Sept.), Lucia (13. Dec.). Da in dieſer Zeit die Frohnzinſen entrichtet werden mußten, nennt man ſie auch Frohnfaſten und bezeichnet ſie in den Verſen:

Dat Crux, Lucia, Cineres, Carismata dia,
Ut sit in angaria quarta sequens feria[36]).

Noch beſtehen auch die Vigilienfaſten[37]). Die Feſte beginnen kirchlich mit dem Abende des vorhergehenden natürlichen Tages. Jedes Feſt hat daher eine Vigilie, welche mit einer eigenen nächtlichen Feier gehalten wurde[38]), wozu man ſich durch Faſten beſonders vorbereitete. In Folge mannigfacher Mißbräuche wurde der nächtliche Gottesdienſt abgeſchafft, das dem Feſte zur Vorbereitung dienende Faſten aber beibehalten und Vigilia genannt[39]) (vgl. auch den Art. Feſt). Fällt die Vigilie auf einen Sonntag, ſo muß das Faſten ſchon am Sonnabende anticipirt werden[40]), da überhaupt das Faſten am Sonntage nicht geſtattet iſt[41]). Außerdem darf auch zwiſchen Oſtern und Pfingſten[42]), ſo wie an den Weihnachten, falls dieſe auf einen ſonſt gebotenen Faſttag treffen ſollten[43]), nicht gefaſtet werden.

---

32) Sermones de ieiunio VII—IX. c. 5. 6. dist. LXXVI. (Leo I. c. 442. 449.)

33) Statuta Bonifacii a. 745. c. 30. (Hartzheim, Conc. Germ. I. 74. Cap. I. ann. 769. cap. 11. Vgl. Capit. lib. VII. c. 135.

34) c. 2. dist. LXXVI. Vgl. Capitular. lib. V. cap. 151. lib. VI. cap. 186. — Concil. Salegonstad. a. 1023. c. 2. (c. 3. dist. LXXVI.)

35) c. 4. dist. LXXVI.

36) Martene, thesaur. anecdot. T. IV. f. 766.

37) Binterim a. a. O. V, 2, S. 152 flg. Auguſti a. a. O. Bd. I, S. 131 flg.

38) c. 9. dist. LXXVI. (Ambrosius c. a. 399.)

39) c. 1. 2. X. de observ. ieiuniorum. (3. 46.) c. 14. §. 1. X. de V. S. (5. 40.)

40) c. 1. X. h. t. (3. 46.) Vgl. Synod. Wratislav. ann. 1446. (Hartzheim, Conc. Germ. T. V. fol. 290.) Synod. Paderborn. ann. 1688. tit. XIII. (Hartzheim l. c. Tom. X. fol. 140.)

41) c. 7. dist. XXX. (Conc. Gangrens. c. a. 355.) c. 15. dist. III. de consecr. (Conc. Caesaraugust. a. 380.) c. 9. eod. (Conc. Agathense a. 506.) u. v. a. S. Anm. 12a.

42) c. 11. dist. LXXVI. (Hieronym. a. 385.) c. 8. eod. (Ambrosius c. a. 400.) c. 10. eod. (Isidorus a. 633.)

43) c. 3. X. h. t. (3. 46.)

Als beſonders geeignet, das Fleiſch zu tödten, ſollen nach der Vorſchrift des Concils zu Trient die älteren Geſetze über die Wahl der Speiſen und das Faſten ſtreng beobachtet und mit Gebet verbunden werden[44]). Das Einzelne hängt jetzt aber zum Theil von den Umſtänden, der Zeit und localen Rückſichten ab, worüber jährlich in den einzelnen teutſchen Bisthümern beſondere Vorſchriften (Faſtenmandate)[45]) zu ergehen pflegen, meiſtens mit eigenen Milderungen. In dem Faſtenmandate für das Erzbisthum Cöln vom 27. Januar 1840, mit welchem die Verordnungen anderer Diöceſen im weſentlichen übereinſtimmen, ſind darüber folgende Feſtſetzungen enthalten.

I. Faſt- und Abſtinenztage ſind 1) in der vierzigtägigen Faſtenzeit die Aſchermittwoche, alle Freitage und die drei letzten Tage in der Charwoche; 2) die Freitage der drei anderen Quatemberzeiten des Jahres und 3) die Vigilien vor dem h. Pfingſtfeſte und vor den Weihnachten. II. Faſttage, an welchen nur die Pflicht der Abſtinenz, aber nur in ſo weit nachgelaſſen wird, daß der einmalige Genuß von Fleiſchſpeiſen, nicht aber der gleichzeitige Genuß von Fleiſch- und Fiſchſpeiſen geſtattet wird, ſind 1) die oben nicht genannten Wochentage der vierzigtägigen Faſtenzeit; 2) die Mittwoche und Sonnabende der drei Quatemberzeiten des Jahres; 3) die Vigilien vor dem Feſte der Apoſtel Petrus und Paulus, der Himmelfahrt Mariä, dem Feſte Allerheiligen. III. Abſtinenztage, an welchen nur der Genuß von Fleiſchſpeiſen unterſagt iſt, ſind alle Freitage des Jahres[46]). IV. An den hier nicht genannten Tagen des Jahres, welche ſonſt Faſt- oder Abſtinenztage waren, wird vom Faſten- und Abſtinenzgebote gänzlich dispenſirt; jedoch bleibt an ſolchen Tagen der gleichzeitige Genuß von Fleiſch- und Fiſchſpeiſen bei derſelben Mahlzeit unterſagt. V. Geſchmolzenes Fett, fettes Gemüſe und Brühe dürfen, mit Ausnahme der drei letzten Tage in der Charwoche, an allen Tagen des Jahres genoſſen werden. Auch gehören dieſe Gegenſtände nicht unter jene Fleiſchſpeiſen, deren gleichzeitiger Genuß mit Fiſchſpeiſen unterſagt iſt. VI. Militärperſonen im Dienſte, nebſt ihren Familien, Hausgenoſſen und Gäſten wird der einmalige Genuß von Fleiſchſpeiſen, mit Ausnahme des Charfreitags, aber nicht der gleichzeitige Genuß von Fleiſch- und Fiſchſpeiſen geſtattet. VII. Allen Gaſtwirthen wird geſtattet, ihren Gäſten bei jeder Mahlzeit Fleiſchſpeiſen, aber niemals bei derſelben Mahlzeit Fleiſch- und Fiſchſpeiſen vorzuſetzen. Dieſe Erlaubniß gilt für alle Tage des Jahres, mit Ausnahme des Charfreitags.

Dieſe Vorſchriften, welche in großem Umfange das kirchliche Gebot mildern, ſind ein Ausfluß der biſchöflichen Befugniß zu dispenſiren, welche als ein ſelbſtſtändiges Recht oft genug in Anſpruch genommen,

---

44) Conc. Trid. sess. XXV. oben cit. verb. Catechism. Conc. Trid. P. IV. nr. XIII. XV.

45) Daß für dieſe das Placet regium erforderlich ſei, wird mit Grund behauptet. S. Brendel, Handbuch des Kirchenrechtes Bd. II (Bamberg 1840), S. 1264.

46) 1840 war davon der Freitag ausgenommen, an welchem das Feſt der Geburt des Herrn gefeiert wurde.

von Rom her jedoch in dieſer Weiſe nicht anerkannt worden iſt[47]). In den gewöhnlichen Quinquennalfacultäten wird daher den Biſchöfen ausdrücklich auch die Befugniß übertragen: Dispensandi, quando expedire videbitur, super esu carnium, ovorum et lacticiniorum tempore ieiuniorum et praesertim quadragesimorum. — Die Beurtheilung über den Nachlaß vom kirchlichen Gebote legen manche Kanoniſten auch den Pfarrern überhaupt bei[48]), während nach der Praxis dieſen erſt die Fähigkeit beſonders vom Ordinariate übertragen wird. So beſtimmt namentlich die obige Cölner Verordnung sub nr. VIII.: Wir ertheilen allen Pfarrern und Beichtvätern der Erzdiöceſe die Befugniß, die hier ertheilte Dispens nach Bedürfniß zu erweitern, oder auch, wo es nothwendig, das Faſten ganz zu erlaſſen; nämlich in Hinſicht der mit ſchweren körperlichen Arbeiten im Tage= oder Dienſtlohn Beſchäftigten, in Hinſicht der Armen, überhaupt in Hinſicht der in ihrem Hausweſen Bedrängten; ferner, wo ſie ſich überzeugen, daß wirkliche vernünftige Gründe und nicht Scheu vor Abtödtung das Nachſuchen der Dispenserweiterung veranlaßt. Außerdem wird IX. Kranken und Schwachen befohlen, ſich rückſichtlich des Faſtengebotes nach dem Rathe ihres Arztes zu richten.

Sonſt beſtimmt noch das gemeine Recht nach einer alten Obſervanz überhaupt, daß die Abſtinenztage von Kindern nach erreichtem ſiebenten Jahre, die eigentlichen Faſten von Erwachſenen mit dem 21. Jahre befolgt werden ſollen[49]). Nur genügende Entſchuldigungsgründe, wie Krankheit u. ſ. w.[50]), befreien von der Pflicht und der gegen die Uebertreter gedrohten Strafe, welche ex arbitrio des Beichtigers auferlegt wird[51]). Auch die durch Gelübde übernommenen Faſten ſind nach gleichen Grundſätzen zu behandeln[52]).

Da die Faſten zur Abtödtung des fleiſchlichen Sinnes dienen ſollen, ſo erklären ſich die kirchlichen Verordnungen rückſichtlich der Zurückgezogenheit von öffentlichen und lauten Feſten in dieſer Zeit. Daher entſteht, jedoch im allgemeinen nur beim Advent und den Quadrageſimalfaſten, für die Ehe und Hochzeitfeier ein tempus clausum[53]).

Von den Faſten iſt noch die Nüchternheit zu unterſcheiden,

---

47) M. vgl. z. B. die Verhandlungen bei Kopp, die katholiſche Kirche im neunzehnten Jahrhunderte (Mainz 1830. 8.), S. 260 flg.

48) S. Sauter, fundamenta iuris eccl. §. 817. nr. 3.

49) S. z. B. Synod. Pragens. a. 1609. tit. XXIV. c. 4. (Hartzheim, Conc. Germaniae T. VIII. fol. 888.) Synod. Leodiens. a. 1613. tit. XI. c. 8. (eod. Tom. IX. fol. 301.) u. v. a.

50) c. 8. dist. XXX. (Conc. Gangrens. c. a. 355.) c. 17. dist. V. de consecr. (aus Capitul. ann. 789. c. 47. Capitul. lib. I. c. 47.) c. 2. X. h. t. (3. 46.)

51) Die Strafe war früher bisweilen ſehr hart. So verordnet Carl der Große im Capitular. de partibus Saxoniae gegen die Verletzer der Faſten Todesſtrafe. Die ermländiſche Synode von 1610 (Hartzheim, Conc. Germ. Tom. IX. fol. 104.) beſtimmt für den Fall der wiederholten Verletzung: tanquam haereticus ex dioecesi proscribatur et eliminetur.

52) S. c. 4. X. de R. J. (5. 41.)

53) Vgl. den Artikel Ehe Bd. 3, S. 558.

zu welcher der Prieſter vor der Verwaltung der Meſſe, der Ordinandus vor dem Empfange der Weihe, jeder Chriſt vor der Firmung, dem Genuſſe des heil. Abendmahls und der Ertheilung anderer heiligen Handlungen verpflichtet iſt [54]).

Die griechiſche Kirche legt auf das Faſten einen noch höheren Werth als die katholiſche und iſt daher bei Beobachtung deſſelben ſtrenger. Die einzelnen Faſten ſind meiſtens die des Occidents [55]). Außer der Mittwoche, die hier beibehalten iſt, und dem Freitage in jeder Woche gibt es vier große Faſten, nämlich die vor Oſtern, vor St. Peter (vom Montage nach Pfingſten bis zum 29. Juni alten Stils), vor Mariä Himmelfahrt (vom 1.—15. Auguſt) und vor St. Philipp (vom 15. November bis 26. December).

Andere Grundſätze befolgt dagegen die evangeliſche Kirche [56]), ſowohl die lutheriſche, als reformirte. Indem dieſelben die Irrthümer derer abweiſen, welche ſich gegen jegliche Abtödtung des Fleiſches auch durch Caſteiung u. ſ. w. erklären [57]), lehren ſie: Ein jeglicher iſt ſchuldig, ſich mit leiblicher Uebung, als Faſten und anderer Uebung alſo zu halten, daß er mit ſolchen Werken Gnade verdiene. Dieſe leibliche Uebung ſoll nicht allein etliche beſtimmte Tage, ſondern ſtetigs betrieben werden... **Und wird alſo nicht das Faſten verworfen, ſondern daß man einen nöthigen Dienſt daraus, auf beſtimmte Tage und Speiſe, zu Verwirrung der Gewiſſen gemacht hat...** Gott will, erklärt die Apologie der augsburg. Confeſſion Art. 8, daß wir allezeit mäßig und nüchtern leben. Und wie die Erfahrung gibt, ſo helfen dazu nicht viel beſtimmte Faſtentage und beſtimmte Faſtenſpeiſe, denn damit kann man ſich auch überladen. Denn man hat mit Fiſchen und allerlei Faſtenſpeiſe mehr Unkoſt und Quaſſerei getrieben, denn außer der Faſten. Und die Widerſacher ſelbſt haben die Faſten nie gehalten, dergeſtalt, wie ſie in canonibus angezeigt iſt.

Demgemäß ſind auch in der evangeliſchen Kirche eigene Faſt-, Bet- und Bußtage häufig angeordnet worden, bei welchen aber das wirkliche Faſten dem Gewiſſen des Einzelnen überlaſſen blieb. Bei Mißwachs, Epidemien u. ſ. w. wurden oft außerordentliche Faſttage ausgeſchrieben [58]), allgemeinere ordentliche Bußtage aber meiſt ſeit dem dreißigjährigen Kriege angeordnet. Früher wurde in jedem Monate ein ſolcher Tag begangen, ſpäter auf vier und endlich auch auf einen reducirt [59]). Die Advent-

54) S. z. B. c. 54. dist. II. de consecr. (Augustin. a. 400.) c. 7. dist. V. de consecr. (Concil. Parisiens. a. 829.) c. 6. eod. (Capitul. Herardi Turon. a. 858.)

55) Vgl. Auguſti a. a. O. X, S. 406 flg.

56) Auguſti a. a. O. X, S. 313, 352, 374 flg., 416 flg.

57) S. Augsburg. Confeſſion Art. 26. Verb. Conf. Helvetica I. art. XXIV. Conf. Bohem. art. XXVIII. Tetrapolit. art. VII—X. Declar. Thorun. art. V. nr. 12. S. auch Calvini instit. relig. christ. lib. IV. cap. XII. §. 14—22.

58) M. ſ. z. B. Reſcr. vom 17. Februar 1681. (Jacobſon, Geſch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes I, II. Anhang nr. XXI. A.)

59) Von Preußen ſ. m. z. B. Verordn. d. Potsdam 3. Aug. 1683

und Quadrageſimalfaſten ſind auch meiſtens noch anerkannt und beſtehen in ihren Folgen als tempus clausum (ſ. Note 53). Daher gibt es auch noch eine beſtimmte Liturgie, vermöge deren die Buß- und Faſttage als öffentliche erſcheinen. Beim Gottesdienſte werden Zeichen der Trauer angewendet (ſchwarze Bekleidung von Kanzel, Altar u. ſ. w.), Verbote lauter öffentlicher Freude u. ſ. w.[60]) erlaſſen. H. F. Jacobſon.

Feſt[1]) (festus dies, feria oder feriae) iſt ein der Ruhe (Feier) von den gewöhnlichen Beſchäftigungen und der Erinnerung religiöſer Begebenheiten gewidmeter Tag.

Bei allen Völkern treten in ihrer geſchichtlichen Entwickelung bald bedeutſame Momente hervor, welche in ihren bisherigen Zuſtänden, ſei es in mehr politiſchen oder religiöſen Beziehungen, eine Veränderung, einen Umſchwung herbeiführen und den künftigen Geſchlechtern als des Andenkens würdig erſcheinen. Von dem Alltagsleben unterſchieden werden die der Erinnerung ſolcher Thatſachen beſtimmten Tage und Zeiten, je nach ihrer Bedeutung für das Volk, in Luſt und Freude oder in Ernſt und Schmerz begangen. Darin liegt der Urſprung aller Feſte, insbeſondere auch der des Chriſtenthums, der Kirche. Alle Feſte haben aber ihrer Entſtehung nach eine mehr natürliche oder mehr geſchichtliche Bedeutung, im Chriſtenthume eine kirchliche, d. h. eine auf den κύριος, den Herrn, Jeſum Chriſtum unmittelbar oder mittelbar bezügliche.

Das Chriſtenthum hängt geſchichtlich mit dem Judenthume zuſammen. Es iſt die Erfüllung und Vollendung deſſelben. Jüdiſche Feſte[2]), welche die Kirche beibehielt, mußten demgemäß einen von der Synagoge abweichenden Charakter erhalten. Gleich von vorn herein, im Princip, wich man aber in der Kirche von der Einrichtung der Synagoge ab.

(Porſt, Auszug preuß. Edicte S. 26) 12 Bußtage. Die 4 Bußtage (Verordn. 18. Oct. 1732) werden durch Edict vom 28. Januar 1773 auf Einen reducirt.

60) S. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. III. tit. 46. §. 11. 12. 15. 33. u. a. m.

1) Quellen: Tit. de feriis. Cod. Theod. lib. II. tit. 8. Digest. lib. II. tit. 12. Cod. Just. lib. III. tit. 12. — Decreti P. II. Can. XV. qu. IV. P. III. dist. III. de consecr. — X. de feriis lib. II. tit. 9. — Tit. de reliquiis et veneratione sanctorum X. III, 45. Lib. VI. III, 22. Clem. III, 16. Extr. Comm. III, 12. — Literatur: Bingham, origines ecclesiasticae an verſch. Stellen, beſonders lib. XX. (volum. IX). Auguſti, Denkwürdigkeiten aus der chriſtlichen Archäologie Bd. I—III, auch unter dem Titel: Die Feſte der alten Chriſten (Lit. Bd. I, S. 7—9, 211, 212, 329). Binterim, die vorzüglichſten Denkwürdigkeiten der chriſt-katholiſchen Kirche Bd. V, Th. I, S. 119—560. Helfert, Darſtellung der Rechte, welche in Anſehung der heiligen Handlungen ſtattfinden §. 65—86. Joh. Conr. Irmiſcher, Staats- und Kirchenverordnungen über die chriſtliche Sonntagsfeier. Erlangen 1839. 1840. 8. S. auch den Artikel Calender Bd. II, S. 523 flg.

2) H. Ewald, de feriarum Hebraeorum origine ac ratione in Zeitſchrift für Kunde des Morgenlandes von Ewald u. A. B. III, H. 3. Göttingen 1840. Vgl. Gött. Gel. Anzeiger 1835, Nr. 204.

Der ganze Gottesdienſt ſoll, wie der Apoſtel ermahnt[3]), darin beſtehen: daß ihr eure Leiber begebet zum Opfer, das da lebendig, heilig und Gott wohlgefällig ſei, welches ſei euer vernünftiger Gottesdienſt. Das ganze chriſtliche Leben ſoll daher ein Gott geweihter Feiertag ſein. So erklärt mit vielen Anderen Auguſtin: Observatione sabbati, quae vacatione unius diei figurabatur, ablata, perpetuum sabbatum observat, qui spe futurae quietis sanctis est operibus intentus[4]). Daß deſſen ungeachtet einzelne Tage in eigenthümlicher Bedeutung hervorgehoben wurden, widerſpricht dieſem Principe nicht, wenn nur die Rückſicht feſtgehalten wird, daß ein förmlicher Sabbatszwang in der bisherigen altteſtamentlichen Weiſe nicht gerechtfertigt iſt (ſ. unten).

Die Chriſten feierten anfangs, wie die Juden, den Sabbat[5]), jedoch ohne geſetzliches Gebot[6]). Zugleich feierten die Juden-Chriſten den Sonntag (ἡμέρα τοῦ κυρίου, κυριακή — [dies] dominica)[7]), die Heiden-Chriſten aber den Sonntag allein, der auch durch Gewohnheit[8]), die ſpäter geſetzlich beſtätigt wurde[9]), der einzige allgemeine Feſttag blieb, zur Erinnerung an die Auferſtehung des Herrn. Nur einzelne Parteien feierten noch ferner beide Tage[10]), wie jetzt noch die äthiopiſchen Chriſten, wogegen in der herrſchenden Kirche allgemeiner der Sonnabend zu einem Faſttage gemacht wurde[11]). Außerdem feierte man bereits in der älteſten Kirche Oſtern und Pfingſten, mit einer vom Judenthume, dem dieſe Feſte gleichfalls bekannt waren, abweichenden Beziehung. Die Uebertragung des jüdiſchen Opferlammes und der ungeſäuerten Brote, ſo wie der erſten Ernte und der Promulgation des Geſetzes auf den Tod Chriſti und die Stiftung der Kirche durch die Ausgießung des heiligen Geiſtes erfolgte ohne Schwierigkeit. Das Oſterfeſt wurde früher acht Tage gefeiert, wie dieß noch eine Synode zu Ingelheim im Jahre 948 ausdrücklich verordnete[12]). Bereits im eilften Jahrhunderte wurde

---

3) Br. an die Römer c. XII, V. 1.

4) S. Prosperi Aquitanai sententiae ex Augustino delibatae. Augustin, ep. 130 u. a. Vgl. Auguſti a. a. O. S. 21 flg.

5) S. J. H. Böhmer, diss. iuris ecclesiastici antiqui nr. I. C. Chr. Ludw. Franke, de diei dominici apud veteres Christianos celebratione. Halae 1826. 8.

6) Br. an die Römer c. XIV, V. 5.

7) S. Apoſtelgeſch. c. XX, V. 7. I. Corinth. c. XVI, V. 2. — Plinii epist. lib. X. ep. 97. (dies status. S. den Note 5 cit. Böhmer.)

8) Beweiſe dafür Ignatius ad Magnesios cap. 9. Barnabas epist. c. 15. Justin. Apologia I. c. 67. u. a.

9) Conc. Laodicen. a. 347—381. (?) c. 29., woraus c. 15. Capitul. Aquisgran. ann. 789. Vgl. Capit. lib. I. c. 15.

10) S. Epiphanius haeres. XXX. Eusebius hist. eccl. lib. III. c. 27. — S. noch überhaupt: der Sabbat der Juden und der Sonntag der Chriſten, in der Evangeliſchen Kirchenzeitung, 1833, October Nr. 81—84, November Nr. 92, 93, December.

11) S. den Art. Faſten Note 24 flg.

12) Ut Paschalis hebdomada festive tota celebretur. c. 6. Synod. Engilhem. bei Hartzheim, Conc. Germ. T. II. fol. 612.

es auf drei Tage beſchränkt[13]). Ueber den Termin der Oſterfeier ſelbſt[14]) wurde im zweiten Jahrh. heftig geſtritten, indem die Chriſten in Kleinaſien zugleich mit den Juden am 14. des Monates Niſan nach der Frühlings-Tag- und Nachtgleiche das Feſt begingen, ohne Rückſicht darauf, ob dieſer Tag, an welchem Chriſtus gekreuzigt worden, ein Freitag und das am dritten Tage nachher zu begehende Auferſtehungsfeſt ein Sonntag war; wogegen die römiſche Kirche den Freitag und Sonntag ſelbſt berückſichtigte. Die letztere Sitte wurde mit Verwerfung der entgegenſtehenden der ſogen. quartodecimani auf dem Concil zu Nicäa 325 kirchlich anerkannt und auch ſpäter wiederholt beſtätigt[15]). Hiernach ſoll der Oſtermonat derjenige ſein, deſſen 14. Luna auf den 21. März, als angenommenes Frühlingsäquinoctium, oder zunächſt darnach fällt. Oſtern ſelbſt ſoll den Sonntag darauf, aber nicht mit den Juden zugleich gefeiert werden (worauf jedoch nicht mehr gehalten wird). Fällt die 14. Luna ſelbſt auf einen Sonntag, ſo wird Oſtern am nächſtfolgenden Sonntage gefeiert. In der den Oſtern vorhergehenden Woche (Charwoche, hebdomas magna, sancta, muta etc.) hob man den grünen Donnerſtag (coena domini) und den Charfreitag (*πάσχα σταυρώσιμον, παρασκευή*, Kreuzespaſſah)[16]) hervor. Die Zeit von Oſtern bis zum Feſte der Ausgießung des heiligen Geiſtes, funfzig Tage (*πεντηκοστή*—Pfingſten, quinquagesima laetitiae), feierte man wie Sonntag[17]). Später wählte man hieraus zwei Hauptpunkte als eigentliche Feſttage: Himmelfahrt (*ἑορτὴ ἀναλήψεως*), vierzig Tage nach Oſtern, und das Feſt der Ausgießung des heiligen Geiſtes ſelbſt (*πεντηκοστή, πνεύματος ἡμερά*)[18]). Die darauf folgenden Tage wurden nicht allgemein übereinſtimmend begangen. Die Synode zu Ingelheim von 948 verordnete, daß die drei auf den Pfingſtſonntag folgenden Tage auch gefeiert würden, während die Coſtnitzer Synode von 1094 in der Pfingſtwoche überhaupt nur 3 Tage zur Feier beſtimmte[19]).

Das dritte kirchliche Hauptfeſt, das der Geburt des Herrn (Weihnachten), ſcheint ſpäteren Urſprunges zu ſein[20]). Eine ſichere Er-

---

13) Synod. Constantiens. a. 1094. c. 3. (Hartzheim, Conc. Germ. T. III. fol. 221.)

14) S. Auguſti a. a. O. Bd. II, S. 21 flg. Ideler, Handbuch der Chronologie Bd. I, S. 401, Bd. II, S. 184 flg.

15) c. 22—26. dist. III. de consecr. — c. 9. C. Th. de haereticis. (16. 5.) (Theodos. a. 382.) c. 6. C. Th. ne sanctum baptisma iteretur. (16. 6.) (Honor. et Theodos. a. 413.)

16) Im Gegenſatze des *πάσχα ἀναστάσιμον*, Auferſtehungspaſſah, Oſtern.

17) Tertullian. de idololatria c. 14. de baptismo c. 19. Epiphanius expositio fidei c. 22. — c. 9. dist. LXXVI. (Ambrosius c. 400.) c. 10. eod. (Isidorus. 633.)

18) Die erſte Spur einer Beſchränkung im c. 43. Concil. Eliberitani a. 305.

19) S. die oben Note 12 und 13 cit. Stellen.

20) Der apoſtoliſche Urſprung nach Constit. Apostol. lib. V. c. 13. lib. VIII. c. 33. wird ſonſt nirgends beſtätigt. — S. Auguſti a. a. O. Bd. I, S. 211 flg. Vgl. noch Credner, de Natalitiorum Christi et rituum in

wähnung findet ſich vor dem vierten Jahrhunderte nicht. Man feierte es nun bald am 20. Mai, 20. April, 6. Januar, 25. December. Der letztere Tag war zur Zeit des Chryſoſtomus im Jahre 386 angenommen und wurde ſpäter allgemeiner beibehalten. Davon verſchieden iſt das Feſt der Erſcheinung des Herrn (Epiphaniä)[21]. Dieſes wurde bis zum vierten Jahrhunderte als das Geburts- oder Tauffeſt Chriſti im Oriente begangen. Seit man aber Weihnachten am 25. Dec. zu feiern anfing, betrachtete man es als das Feſt der Erſcheinung und Offenbarung Gottes bei der Taufe Jeſu (θεοφανία) und brachte verſchiedene andere Beziehungen damit in Verbindung, daher es auch das Feſt der heil. drei Könige u. ſ. w. genannt wird[22]. Weihnachten ſelbſt beſteht aus einer viertägigen Feier, indem der zweite Tag dem Märtyrer Stephanus, der dritte dem Evangeliſten Johannes geweiht, der vierte als der unſchuldige Kindertag (festum innocentium, ſ. Ev. Matthäi c. II, V. 16) begangen wird[23].

Das Kirchenjahr beginnt mit dem erſten Adventſonntage, der immer zwiſchen dem 26. November und 4. December fällt, vier Wochen vor Weihnachten, während das bürgerliche Jahr jetzt am 1. Januar, dem Beſchneidungsfeſte (festum circumcisionis et nominis Jesu) allgemein anfängt[24]. Als kirchliche Feſte ſind außerdem noch anerkannt: die Reinigung Mariä (festum purificationis, Lichtmeſſe, fest. candelarum), geſtützt auf III. Moſis c. XII, Ev. Lucä c. II, V. 22, ſeit dem ſechſten Jahrh. am 2. Februar; die Verkündigung Mariä (festum annunciationis), vielleicht ſchon aus dem vierten Jahrh., gemäß Ev. Lucä c. I, V. 28, 40, am 25. März. Die nähere Einrichtung erfolgte durch Urban VI. im Jahre 1389 und das Basler Concil 1442; das Feſt der Kreuzfindung (festum inventionis S. Crucis) am 3. Mai, ſicher[25] erwähnt ſeit dem 11. Jahrhunderte; Johannis des Täufers am 24. Juni ſeit dem 5. Jahrh.; Mariä Heimſuchung (festum visitationis Mariae) am 2. Juli, angeordnet von Urban VI. im Jahre 1389 und allgemeiner durch das Basler Concil eingeführt[26]; Petri und Pauli am 29. Juni, an welchem beide zu Rom den Märtyrertod erlitten haben ſollen, ſchon im vierten Jahrh. begangen; Mariä Himmelfahrt (festum ascensionis seu assurrectionis Mariae) am 15. Auguſt, im Oriente ſeit dem 5.,

---

hoc festo celebrando solemnium origine in Illgen, Zeitſchrift für die hiſtoriſche Theologie Bd. III, H. II, Nr. 4.

21) S. Auguſti a. a. O. Bd. I, S. 152 flg., 329 flg.

22) In Rom iſt aus Verbindung mit den strenae am Neujahr die ſogen. Befana (d. i. Epiphaniä) üblich geworden. (S. noch Auguſti a. a. O. Bd. I, S. 332. Vgl. die Augsburger Allgem. Zeitung 1841, Nr. 22 Beilage.)

23) S. Auguſti a. a. O. Bd. I, S. 271 flg.

24) S. Bd. II. den Art. Calender. S. c. 1. d. III. de consecr.

25) Geſtützt auf c. 3. §. 20. dist. XV. (Hormisdas 514—523.) u. a. wird nicht ſelten ein viel früherer Urſprung angenommen.

26) Sess. XLIII. am 1. Juli 1441 (Hardouin, Coll. Concil. Tom. VIII. 1292).

im Occidente ſeit dem 7. Jahrh. gefeiert[27]); Mariä Geburt (festum nativitatis Mariae) am 8. September ſeit dem Ende des 7. Jahrh. im Oriente, allmälig im Occidente eingeführt; Kreuzes-Erhöhung (festum exaltationis S. Crucis) am 14. September, geſtiftet im J. 631 durch Heraclius, als er das 616 von den Perſern erbeutete heilige Kreuz (Reichspanier) zurück eroberte, und von Honorius I. im J. 633 oder 635 auf den Occident übertragen[28]); Michaelis am 29. September, unter den verſchiedenen dem Erzengel Michael geweihten Feſten dem festum dedicationis S. Michaelis (Engelfeſt) entſprechend, von Gelaſius I. im J. 493 angeordnet und allgemeiner ſeit der Mainzer Synode vom J. 813 recipirt[29]); das Feſt aller Heiligen am 1. November, in der Kirche des Orients ſeit dem 4. Jahrh., in Rom ſeit dem J. 610 gemäß Anordnung Bonifacius IV. am 12. Mai gefeiert, durch Gregor IV. im J. 834 auf den 1. Nov. verlegt; Martini am 10. November, zum Andenken des Biſchofs Martinus von Tours († 400 oder 402); Mariä Empfängniß (festum [immaculatae] conceptionis) am 8. December, ſeit der Mitte des 11. Jahrh., allgemeiner ſeit der Confirmation des Concils von Baſel[30]) vom Jahre 1439 und den Verordnungen Papſt Sixtus IV. von 1476 und 1483.

Während die hier genannten Feſte auf einen beſtimmten Tag fallen (unbewegliche, festa immobilia), hängen viele von Oſtern ab und ſind daher bewegliche. Dazu gehören die Quadrageſimalfaſten (ſ. den Art. Faſten). Die Sonntage vorher, die auf die nach dem Feſte Epiphaniä benannten folgen und deren es wenigſtens einen, höchſtens ſechs gibt[31]), heißen: Quinquagesima (Esto mihi)[32]), Sexagesima, Septuagesima. Die Sonntage der Faſtenzeit ſelbſt ſind nach den Anfangsworten der an ihnen geleſenen Meſſen: Invocavit (sc. me et exaudiam eum)[33]), Reminiscere (sc. domine miserationum tuarum)[34]), Oculi (sc. mei semper ad dominum)[35]), Lae-

---

27) S. noch Conc. Moguntin. a. 813. c. 36. Capitular. lib. I. c. 158. — In Teutſchland wird das Feſt als f. herbarum, Würzweihe, Würzmeſſe begangen. (Auguſti a. a. O. Bd. I, S. 115.)

28) Auguſti a. a. O. Bd. III, S. 304, 305. Vgl. Binterim a. a. O. Bd. V. I, S. 455 flg.

29) Auguſti a. a. O. Bd. III, S. 281 flg. Vgl. Binterim a. a. O. Bd. V. I, S. 465 flg.

30) Sessio XXXIX. S. den Schluß bei Gercken, ausführliche Stiftshiſtorie von Brandenburg. Codex diplomat. nr. 144. p. 657—659.

31) Abhängig von dem früheren oder ſpäteren Eintritte des Oſterfeſtes, alſo auch der Faſtenzeit.

32) Sc. in Deum Protectorem, nach Pſalm XXXI, 13.

33) Pſalm XCI, 15. Dieſer Sonntag heißt auch quadragesima prima, wie die übrigen fünf Faſtenſonntage secunda etc.

34) Pſalm XXV, 6.

35) Pſalm XXV, 5. Zur Erinnerung des Kreuzes Chriſti auch: Dominica adorationis Christi.

tare (sc. sterilis oder Jerusalem)[36]), Judica (sc. me domine)[37]), Palmarum[38]). Nach Oſtern folgen bis Pfingſten die Sonntage: Quasi modo geniti, mit Rückſicht auf die Neugetauften, die in weißen Gewanden erſchienen (dominica in albis daher genannt)[39]), Misericordias (sc. domini cantabo)[40]), Jubilate (sc. Deo omnes terrae)[41]), Cantate (sc. Domino)[42]), Rogate (vocem iucunditatis annunciate)[43]), Exaudi (sc. domine vocem meam)[44]). Der Sonntag nach Pfingſten iſt der heiligen Dreieinigkeit (festum trinitatis) geweiht. Nach beſonderer Gewohnheit wurde dieß Feſt hier und da gefeiert. Die Kirche zu Rom beging es als beſonderes Feſt noch nicht im zwölften Jahrhunderte[45]). Erſt Johannes XXII. († 1334) ſchrieb es als allgemeines Feſt für die ganze Kirche aus[46]). Der Donnerſtag darauf iſt das Frohnleichnamsfeſt (festum corporis Christi), angeregt im Jahre 1247, eingeführt durch Urban IV. im Jahre 1264 und erneuert durch Clemens V. im Jahre 1311[47]), ſo wie durch das Concil von Trient zur allgemeinen Beobachtung vorgeſchrieben[48]). Gemäß Vorſchrift Johanns XXII. vom Jahre 1316 wird damit eine feierliche Prozeſſion verbunden[49]). Die ſpäteren Sonntage bis zum Schluſſe des Kirchenjahres ſind ſämmtlich Sonntage Trinitatis und werden nur durch Zufügung der Zahl unterſchieden. Dazu kommen noch die verſchiedenen Faſt=, Buß= und Bettage, ſo wie die eigenthümlichen Feſte einzelner Länder, Bisthümer und jeder Kirche, welche das Feſt ihres Patronus, ihrer Stiftung u. ſ. w. begeht[50]).

---

36) Jeſaias LIV, 1. Mittfaſten (dominica de panibus). Vgl. Ev. Matth. XIV, 1 flg. Dominica de rosa, da der Papſt an dieſem Tage verehrten Perſonen eine Roſe von Gold zu weihen pflegt.

37) Pſalm XLIII, 1.

38) Auch dominica Osanna. S. Ev. Matth. c. XXI.

39) I. Petri II, 2.

40) Pſalm LXXXIX.

41) Pſalm LXVI, 1.

42) Pſalm XCVIII, 1.

43) Jeſaias XLVIII, 20.

44) Pſalm XXVII, 7.

45) c. 2. §. 3. X. de feriis. (2. 9.) Alexander III. a. 1179.: Ecclesia Romana in usu non habet, quod in aliquo tempore huiusmodi celebret specialiter festivitatem.

46) Nach dem Berichte Benedicts XIV. (Prosper Lambertini: de festis lib. I. cap. XII. §. 10.)

47) Urban IV. Bulle: Transiturus in Bullar. Magnum Tom. I. fol. 121. 122. — Clem. un. de reliquiis. (3. 76.) a. 1311. Das Feſt wurde aber nicht überall gleichzeitig begangen. In Preußen wurde es ſpäter gefeiert und erſt im Jahre 1451 nach Anordnung des Erzbiſchofs von Riga auf den Donnerſtag nach Trinitatis verlegt. (Urkunde d. 27. April 1451 im geh. Archiv zu Königsberg, Schieblade LXIII, Nr. 59.)

48) Sess. XIII. de SS. Eucharistiae sacramento cap. 5.

49) Beſchreibung der prachtvollen Frohnleichnamsprozeſſion, wie ſelbige auf Anordnung Herzogs Wilhelms des Frommen vom Jahre 1581 zwei Jahrhunderte lang in der Haupt= und Reſidenzſtadt München begangen worden. München 1839. 8.

50) Ein Verzeichniß der Feſte des 12. Jahrhunderts gibt c. 1. dist. III.

Die ſtrenge mit allen dieſen Feſten verbundene Feier (ſ. unten) wirkte auf das bürgerliche Leben nachtheilig ein und veranlaßte ſchon frühzeitig Klagen und den Wunſch einer Reduction. Bereits im Jahre 1332 ſprach ſich Erzbiſchof Simon von Canterbury in dieſem Sinne aus[51]) und mehr noch wurde auf dem Concil zu Coſtnitz deßhalb verhandelt. Petrus de Alliaco forderte: Ut, praeterquam diebus dominicis, et in maioribus festis ab Ecclesia institutis, liceret operari post auditum officium: cum quia in festis saepe magis multiplicantur peccata in tabernis, in choreis et aliis lasciviis, quas docet otiositas; tum quia dies operabiles vix sufficiunt pauperibus ad vitae necessaria procuranda[52]). Ebenſo Nicolaus de Clemengis und Andere[53]). Solche Forderungen mußten öfter erneuert werden, wie in den Beſchwerden der teutſchen Nation zu Nürnberg von 1522, in deren Folge der Cardinal Laurentius Campegius 1524 einige Minderung bewirkte. Einzelne Bisthümer folgten nun mit allmäligen Reductionen[54]), ohne daß aber etwas Uebereinſtimmendes geſchah. Das Concil von Trient überging dieſen Punkt mit Stillſchweigen, und erſt nach wiederholten Mahnungen erfolgten größere Reductionen für die ganze katholiſche Kirche durch Urban VIII. im Jahre 1642[55]), für einzelne Diöceſen durch Benedict XIV. in den Jahren 1742—1745[56]), und allgemeiner durch Clemens XIV. am 16. Mai 1772. Nach weiteren Verhandlungen einzelner teutſcher Landesherren mit dem römiſchen Stuhle ging man auch weiter. So namentlich in Oeſterreich[57]), in Preußen[58]), in Sachſen[59]) u. a. m.

In der evangeliſchen Kirche wurden anfangs, mit Ausnahme der dem proteſtantiſchen Principe widerſprechenden Feſte, die meiſten bisher üblichen Tage beibehalten. Die lutheriſche Kirche hielt hierbei übri-

---

de consecr., des 13. Jahrh. c. 5. X. de feriis. (2. 9.) Um die in den einzelnen Diöceſen Teutſchlands bisher üblichen Feſte kennen zu lernen, vgl. man die Ueberſicht der Synodalſchlüſſe im Index zu Hartzheim, Concilia Germaniae Tom. 9. fol. 217. sub voce: festa.

51) Coll. Concil. ed. Hardouin T. VII. col. 1556. Ueber dieſe, ſo wie frühere und ſpätere Gravamina ſ. m. den unten (Note 56) cit. Kopp, S. 321 flg.

52) De reformatione in Conc. Constant. c. 3.: in Gersonii opera edid. Du Pin T. II. p. 911.

53) de Clemengis, de novis celebritatibus non instituendis. (Opera ed. Lydii p. 143 sq.)

54) S. z. B. Synod. Trevirens. a. 1549. de moderandis feriis. (Hartzheim, Conc. Germ. T. VI. p. 601.)

55) Bulle: Universa per orbem: 22. Dec. in Bullar. Roman. T. V. fol. 378.

56) Benedict XIV., de synodo dioecesana lib. XIII. cap. XVIII. nr. X sq. Kopp, die katholiſche Kirche im neunzehnten Jahrh. S. 327, 328.

57) Helfert, die heiligen Handlungen a. a. O. §. 76.

58) Jacobſon, Geſch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes I. I, S. 42. — Für Rheinland-Weſtphalen, Feſtordnung vom 7. Mai 1829. Cabinetsordre vom 5. Juli 1832 (Geſetzſammlung d. J. S. 197).

59) Beſchluß vom 14. November, publ. 28. December 1830 (Allgem. Kirchenzeit. 1831, Nr. 17, Sp. 144.)

gens im allgemeinen anfangs mehr feſt [60]), als die reformirte; denn Zwingli glaubte, daß eine vollſtändige Feier des Sonntags genüge und daß einige andere Hauptfeſte nur durch einen Frühgottesdienſt begangen würden [61]). In den einzelnen evangeliſchen Landeskirchen verfuhr man hierbei, wenn auch nicht gleichzeitig, nach gleichen Principien. Die brandenburger Kirchenordnung von 1540 erkennt noch viele katholiſche Feſte an. Nachdem Churfürſt Joachim Friedrich eine eigene Behörde zur Verbeſſerung des Kirchenweſens eingeſetzt hatte, erging am 30. März 1598 der Schluß, es ſollten die Marien-, Apoſtel- und Heiligenfeſte vermindert werden. Dieſer Schluß wurde erſt 1608 theilweiſe und dann weiter am 13. März 1696 durch Friedrich III. vollzogen. Zugleich wurde der Charfreitag zu einem allgemeinen und großen Feſte erhoben. Weitere Einſchränkungen erfolgten durch die Verordnung vom 28. Januar 1752, ſo daß nach dem Edicte vom 12. März 1754 in beiden evangeliſchen Landeskirchen nur noch anerkannt blieben: Weihnachten, Oſtern, Pfingſten zu je drei Tagen, die vierteljährigen Bußtage, der grüne Donnerſtag, Charfreitag, Himmelfahrt und Neujahr [62]). Unterm 28. Januar 1773 ſchaffte Friedrich II. noch die dritten Feiertage, drei Bußtage, den grünen Donnerſtag und Himmelfahrt ab. Das letztere Feſt ſtellte Friedrich Wilhelm II. am 4. März 1789 wieder her. — Seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts geſchah ein Gleiches in anderen teutſchen Territorien [63]). Zum Theil iſt die Reduction der Feſte reſp. Verlegung derſelben auf die nächſtfolgenden Sonntage erſt in der neueſten Zeit erfolgt, wie in Hannover, Weimar, Kurheſſen, Sachſen u. a. m. [64]).

Andererſeits ſind dagegen auch wiederum in Folge der neueren Zeitverhältniſſe verſchiedene Feſttage neu angeordnet worden. Jährliche Feier des Reformationsfeſtes, des Andenkens der Schlacht bei Leipzig (18. Oct.), der Einnahme von Paris (31. März), der Schlacht bei Belle Alliance (18. Juni) an dem dieſen Tagen nächſtfolgenden Sonntage [65]), kirchliche Feier des Geburtstages des Königs [66]), jährliches allgemeines Todtenfeſt,

---

60) M. ſ. von Preußen: Jacobſon, Geſchichte a. a. O. I. II, S. 25, 26. Vgl. auch augsburg. Confeſſion Art. XXI. Apologia de invocatione Sanctorum u. a.

61) S. Explanat. art. XXV. Vgl. auch Calvini institut. lib. II. c. 8. und epist. 51. 128. 278. u. a.

62) S. die einzelnen Geſetze in Mylius Corp. Const. Marchicarum. Vgl. auch Preuß, Friedrich der Große Bd. I, S. 340, 341.

63) S. Flügge, Geſchichte des teutſchen Kirchen- und Predigtweſens Bd. II (Bremen 1800), S. 285, 286.

64) Hannöverſches Geſetz vom 25. Januar 1822 und 15. Nov. 1830. — Weimar'ſches Geſetz vom 11. November 1823. — Kurheſſ. Verordnung vom 17. December 1826. — Königl. ſächſiſche Verordnungen vom 13. und 19. Januar 1831.

65) Königl. preuß. Geſetz vom 24. Sept. 1816. — Mecklenburg-Strelitzer Verordn. vom 20. Sept. 1815 und 20. März 1839.

66) Ausſchreiben d's Conſiſtorii zu Hannover vom 16. Sept. 1835.

zunächſt veranlaßt durch das Gedächtniß der in dem letzten Freiheitskriege gefallenen Vertheidiger des Vaterlandes[67]).

Aus der bisherigen Darſtellung ergeben ſich ſchon die wichtigſten Rechtsgrundſätze über die Feſttage in der concreten Anwendung; doch bedürfen dieſelben noch einer beſonderen Erörterung.

Die Feſte ſind ordentliche (feriae statutae), wenn ſie nach einer allgemeinen Vorſchrift jährlich zu beſtimmter Zeit wiederkehren, oder außerordentliche (indictae), wenn ſie durch beſondere Umſtände für einen beſtimmten Fall veranlaßt werden. Jene ſind bewegliche oder unbewegliche, welche letztere ſtets auf denſelben Monatstag des Jahres fallen (ſ. oben). Die Feſte ſind auch einfache und doppelte (festa duplicia). Die letzteren werden mit größerer Feierlichkeit begangen und haben verſchiedene Beziehungen. Eigentlich iſt das Feſt ein doppeltes, welches zugleich zwei religiöſen Erinnerungen geweiht iſt. Dahin gehören die Tage: Jacobi und Philippi am 1. Mai, Petri und Pauli am 29. Juni, Simonis und Judä am 28. October. Man bedient ſich dann der Bezeichnung festum duplex auch in dem Falle, wenn zwei Feſte auf einander folgen, das wichtigere beſonders gefeiert, das minder bedeutende aber auf den nächſten Sonntag verlegt wird (festum translatum). In der Kirchenſprache heißen beſonders diejenigen Tage festa duplicia, bei welchen die üblichen Geſänge des Hochamtes u. ſ. w. (Reſponſorien, Antiphonien, Verſe) verdoppelt von zwei Cantoren wiederholt angeſtimmt, abgeſungen und wiederholt werden. Davon unterſcheidet man festa semiduplicia (Halbdoppelfeſte), bei welchen nur theilweiſe Wiederholungen ſtattfinden. Mit Rückſicht auf dieſe liturgiſchen Einrichtungen unterſcheidet man auch festa duplicia primae und secundae classis, festa duplicia maiora und minora[68]). Welche Feſte in aller dieſer Weiſe begangen werden, beſtimmen die in den einzelnen Diöceſen jährlich ausgegebenen Kirchencalender (directoria officii), welche ſich auf das allgemeine katholiſche Miſſale ſtützen und theilweiſe durch beſondere Normen beſtimmt ſind. Die Feſte ſind ganze (feriae integrae), wenn ſie mit einem ordentlichen Vor- und Nachmittagsgottesdienſte begangen werden, halbe (feriae intercisae), wenn nur der erſte ſtattfindet. Davon unterſcheidet man noch die Kirchendienſttage (dies liturgici), an welchen eine Frühpredigt oder Betſtunde, oft zur Wiederholung der letzten Predigt, gehalten wird. Kirchlich heißt übrigens jeder Tag, auch der bloße Werk- oder Geſchäftstag, feria und zwar der Sonntag feria prima, der Montag feria secunda u. ſ. w. bis zum Sonnabende als feria septima. Ueber den Grund dieſer Terminologie iſt man nicht einig. Nicht unwahrſcheinlich hängt dieſelbe ſehr

67) Nach der preuß. Cabinetsordre vom 24. April und Verordnung vom 25. Nov. 1816 auf den letzten Sonntag des Kirchenjahres gelegt. Im Königreiche Sachſen iſt dieſes ſeit 1833 am zweiten Advent begangene Feſt durch Miniſterialverordnung vom 28. Oct. 1840 auf denſelben Tag verlegt worden.

68) S. Binterim a. a. O. Bd. V, S. 297 flg. Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes Bd. II, S. 331, 332.

mit der jüdiſchen Wochenrechnung[69]) zuſammen. Die Juden nannten die ganze Woche τὰ σάββατα und die einzelnen Tage μία τῶν σαββάτων u. ſ. w.[70]). Dieß konnte bei dem Feſthalten der ſiebentägigen Woche in der Kirche mit berückſichtigt werden und geſchah vielleicht zuerſt bei der Feier des Zeitraumes von Oſtern bis Pfingſten (ſ. oben Note 17). Am Ende des zweiten Jahrh. finden wir den Ausdruck feria in dieſem Sinne bei den Feſten anerkannt[71]). — Eine vorzugsweiſe wichtige Eintheilung der Feſte iſt noch die in festa chori et fori oder feriae mere ecclesiasticae und publicae, welche zur Erörterung des hierbei wirkſamen liturgiſchen Rechtes veranlaßt.

Das Recht, Beſtimmungen über die Feſttage zu erlaſſen, gehört zur Kirchengewalt und wird von den Kirchenobern geübt. Im allgemeinen hängt dieß daher in der katholiſchen Kirche von den Diöceſanbiſchöfen ab, inſofern ein Feſt ſich auf das Bisthum ſelbſt bezieht, vom Pabſte, inſofern daſſelbe die ganze Kirche berührt[72]). In der evangeliſchen Kirche gebührt dieſes Recht den Landesherren. Den Kirchenobern ſteht aber die Verfügung nur in ihrer Sphäre zu. Die von ihnen vorgeſchriebenen Feſte betreffen daher auch nur die kirchliche, die liturgiſche Seite. Soll ein Feſt zugleich bürgerliche Wirkung haben, d. h. feria publica ſein, ſo daß die öffentliche Ruhe u. ſ. w. (ſ. unten) beobachtet wird, ſo iſt der beſondere Conſens des Staates dazu erforderlich. Dieß iſt früher ſtets anerkannt geweſen, wie die weltliche Geſetzgebung ſeit dem vierten Jahrhunderte beweiſt. Bei dem umfaſſenderen Eingreifen des römiſchen Stuhles in die bürgerlichen Verhältniſſe verfügten die Päbſte aber auch ſelbſtſtändig über die öffentliche Seite der Feſte[73]), bis ſeit der Mitte des vorigen Jahrhunderts die älteren, aus der Natur der Stellung des Staates zur Kirche folgenden Grundſätze wieder zur Anwendung gekommen und in der Geſetzgebung anerkannt ſind[74]). Ein blos kirchliches Feſt wird daher nur in choro gefeiert. Dieſen Charakter haben namentlich theilweiſe die in ſpäterer Zeit aufgehobenen Feſte (ſ. oben). Iſt die

---

69) S. den Art. Calender Bd. II, S. 528. Dazu vgl. man Grimm, teutſche Rechtsalterthümer S. 818, 819. Lobeck, Aglaophamus T. II. p. 933 sq. 941. 942.

70) S. III. Moſis c. XXIII, V. 15. V. Moſis c. XVI, V. 9. Ev. Matth. c. XXVIII, V. 1. Apoſtelgeſch. c. XX, V. 7.

71) Vgl. den Art. Faſten, Note 22, 23.

72) c. 1. dist. III. de consecr. (Capit. Ahytonis c. 8.) festivitates, quas singuli episcopi in suis episcopatibus cum populo collaudaverint. c. 3. X. de ieiuniis. (3. 46.) (Honorius III. a. 1216.) c. 5. X. de feriis. (2. 9.) (Gregor. IX.) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 12. de regularib. Dies etiam festi, quos in dioecesi sua servandos idem episcopus praeceperit, ab exemptis omnibus, etiam regularibus, serventur. Vgl. noch Kopp a. a. O. S. 333 flg.

73) M. ſ. z. B. c. 3. 5. X. de feriis (2. 9.) u. a. m.

74) S. G. L. Böhmer, principia iuris can. §. 286. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 258. Vgl preuß. allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 35. Cabinetsordre vom 24. Mai 1829 (v. Kamptz, Annalen Bd. XIII, H. II, S. 292). — Helfert a. a. O. §. 76, 77.

Aufhebung nicht in Uebereinſtimmung zwiſchen Staat und Kirche erfolgt, ſondern nur vom Staate ausgegangen, ſo würde zwar die Gewiſſensfreiheit geachtet und Niemand zur Arbeit in Perſon u. ſ. w. an ſolchen Tagen genöthigt werden dürfen, jeder, der aber ſonſt zu Leiſtungen verpflichtet iſt, würde, wenn er ſich denſelben nicht unterziehen will, die daraus hervorgehenden Nachtheile tragen müſſen (ſ. die Note 74 cit. Stellen)[75]). Andererſeits kann anderen Confeſſionsverwandten die Mitfeier eines von ihren Kirchenoberen nicht anerkannten Feſtes nicht auferlegt werden[76]). Dagegen dürfen an Orten gemiſchten Bekenntniſſes von der nicht mitfeiernden Confeſſion nicht ſtörende oder Anſtoß erregende Arbeiten öffentlich vorgenommen werden[77]).

Beſondere Vorſchriften beſtehen wegen der Art und Weiſe, wie Feſte gefeiert werden ſollen. Anfangs fühlte man ſich in der Kirche deßhalb ungebunden[78]). Bereits im zweiten Jahrhunderte fing man aber an, ſtrengere Grundſätze aufzuſtellen, und Tertullian erklärte das Arbeiten am Sonntage für ſündlich[79]). Seit der Reception des Chriſtenthums durch Conſtantin wurden auch geſetzliche Vorſchriften erlaſſen[80]). Arbeiten wurden unterſagt und nur Werke der Liebe ſollten vollzogen werden, wie Emancipationen und Manumiſſionen, Werke der Wohlthätigkeit u. ſ. w. Daher wurden Gefangene an Feſttagen ins Freie geführt und beſchenkt[81]), und am Oſterfeſte erging eine allgemeine indulgentia criminum, mit Ausnahme der gröbſten Fälle[82]). Der öffentliche Verkehr, insbeſondere der Handel, war verboten[83]). Nur in Fällen der Nothwendigkeit wurden Arbeiten erlaubt, beſonders rückſichtlich der Ernte, um das günſtige Wetter zu benutzen u. ſ. w.[84]). Dieſe und andere Beſtimmungen ſind ſeitdem ſtets beibehalten und im Einzelnen weiter ausgeführt worden. Vor allem wurden gerichtliche Verhandlungen unterſagt[85]). Schuldner

---

75) Die Rückſicht auf die durch den Religions- und weſtphäliſchen Frieden hergebrachten Rechte iſt natürlich dabei nicht außer Acht zu laſſen.

76) So verordnete das oſtpreuß. Etatsminiſterium an den Magiſtrat zu Röſſel d. d. Königsberg 2. Juni 1794 (Gedicke, Annalen des Kirchenweſens in Preußen Bd. I [Berlin 1796. 8.], H. I, S. 78, 79), daß Evangeliſche nicht genöthigt werden ſollten, am katholiſchen Gottesdienſte Theil zu nehmen und dabei zu aſſiſtiren.

77) J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. II. tit. IX. §. 9 sq. Frey, kritiſcher Commentar über das Kirchenrecht Th. IV, Abth. I, S. 20.

78) S. oben Note 4, 6. Vgl. Röm. c. XIV, V. 5. Galater c. IV, V. 9. Coloſſer c. II, V. 16.

79) De oratione c. 23.

80) Eusebius, Vita Constantini lib. IV. c. 23. 28. c. 1. C. Th. de feriis. (2. 8.) ann. 321. (c. 2. C. J. eod. [3. 12.])

81) c. 7. C. Th. de custodia reorum. (9. 3.)

82) c. 3. 4. 6. 8. C. Th. de indulgentiis criminum. (9. 38.) c. 3. C. J. de episcopali audientia. (1. 4.)

83) c. 1. X. h. t. (2. 9.) (Conc. Mogunt. a. 813.)

84) c. 3. 5. X. h. t. (2. 9.)

85) Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten Bd. III, §. 261—264. Martin, Lehrbuch des bürgerl. Prozeſſes §. 119, not. p. q. Linde, Lehrbuch des teutſchen gemeinen Civilprozeſſes §. 174.

ſollten nicht gemahnt[86]), Eide nicht geſchworen werden, außer pro pace vel aliqua necessitate[87]), kein Gericht, namentlich kein Criminalgericht gehalten werden[88]). Niemand ſollte auf einen Feſttag vor Gericht geladen werden, und wenn dieß geſchehen war, wurde der folgende Tag darunter verſtanden[89]). Von ſelbſt ergeben ſich indeſſen auch hier gewiſſe Ausnahmen, welche ſchon die kirchliche, dann aber auch die weltliche Legislation ſtatuiren; inſofern nämlich das öffentliche Wohl in Betracht kommt, Gefahr im Verzuge iſt oder ſonſt die Umſtände eine gerichtliche Verhandlung dringend erheiſchen, kann dieſelbe zu jeder Zeit vollzogen werden[90]). Damit ſtimmt auch jetzt das gemeine und particulare Recht überein[91]). In Beziehung auf die Rechtspflege ſind übrigens von den Feſten als feriae divinae noch feriae humanae, civiles zu unterſcheiden. Außer den dies nefasti, an denen die Gerichtsformeln nicht geſprochen werden durften[92]), galten den Römern als ſolche feriae aestivae und autumnales wegen der Ernte und Weinleſe, ſo wie lokal eigenthümliche Ferien. Der weſentliche Unterſchied zwiſchen dieſen und den feriae divinae beſteht darin, daß von Seiten der Parteien auf den Vortheil derſelben verzichtet werden darf. Jetzt entſcheiden auch hierüber particulare Beſtimmungen[93]).

Wegen der Feier der Feſttage hat auch das Concil von Trient einige beſondere Vorſchriften erlaſſen. Es fordert überhaupt dierum festorum devota et religiosa celebratio[94]). Die Geiſtlichen werden zu dem Behufe aufgefordert, die Gemeinden zu ermahnen: ut frequenter ad suas parochias, saltem diebus dominicis et maioribus festis, accedant[95]). In den einzelnen Diöceſen ſind mit Beziehung darauf nähere Vorſchriften ergangen und in den Landesgeſetzen gleichfalls beſtätigt.

Die evangeliſche Kirche betrachtet die Feſte als eine menſchliche Einrichtung, der guten Zucht wegen, und erklärt dieſelben nicht für ge=

86) c. 1. 3. 8. C. Th. de executoribus. (8. 8.)

87) c. 1. X. h. t. (2. 9.)

88) c. 4. 5. 7. C. Th. de quaestionibus. (9. 35.) verb. Socrates hist. eccl. lib. V. §. 21. Sozomen. lib. VII. c. 19. — L. 12. D. de publicis iudiciis. (48. 1.) c. 6. 10. C. de feriis. (3. 12.) Causa XV. qu. IV.

89) c. 2. 3. C. de Iudaeis. (1. 9.) c. 6. X. de dolo et contumacia. (2. 14.)

90) c. 8. 10. C. de feriis. (3. 12.) c. ult. X. eod. (2. 9.) Synod. Constant. a. 1567. tit. XVIII. c. 11. (Hartzheim, Conc. Germ. T. VII. fol. 581.) Synod. Constant. a. 1609. P. IV. tit. I. (eod. T. VIII. fol. 928 sq.)

91) Glück a. a. O. §. 264. Helfert a. a. O. §. 74. Ueber die Geſetze in Bayern ſ. m. den oben Note 1 cit. Irmiſcher Th. II, Hft. I.

92) Vgl. den Art. Calender Bd. II, S. 525, 526. Thibaut, Pandekten §. 112 und beſonders Schulze, die Volksverſammlungen der Römer (Gotha 1815), 8. S. 200 flg.

93) M. ſ. z. B. allg. preuß. Ger.=Ordn. Th. III, Tit. I, §. 52—54. Anhang zur Ger.=Ordn. §. 62, 444.

94) Sess. XXV. de diebus festis.

95) Sess. XXII. decretum de observandis in celebratione missae.

eignet, beſondere Gnade zu verdienen[96]); doch wurde bald nach der Reformation oft dieſem Principe zuwider gehandelt, und die Obſervation der Feſttage mit großer Strenge gehandhabt. Später iſt man jedoch davon zurückgekommen und hat mehr das richtige Maß getroffen, wie die Particularrechte näher ergeben. Rückſichtlich des Verbotes lauter und öffentlicher Arbeiten, weltlicher Handthierung, des Handels, der Gerichtspflege, übertriebener Luſtbarkeiten u. ſ. w. werden ähnliche Grundſätze wie in der katholiſchen Kirche befolgt[97]).

Als eine wohlthätige Einrichtung der neueren Zeit erſcheinen die Sonntagsſchulen, in der Mitte des vorigen Jahrhunderts zuerſt im Württembergiſchen angeordnet, 1754 in Baden eingerichtet, dann in England 1781 und ſpäter weiter auf dem Feſtlande verbreitet.

Die Feſttage beginnen eigentlich mit der Vesper des vorhergehenden Tages[98]), wie die Juden auch bürgerlich die Zeit berechneten[99]). Seit dem zwölften Jahrhunderte befolgte man aber die aſtronomiſche Berechnung von Mitternacht zu Mitternacht, deren ſich ſchon die Römer bedienten[100]). Von der alten Computationsweiſe haben ſich aber noch manche Folgen erhalten, wie der Anfang der Faſten[101]), das Einläuten der Feſttage, die Feier der Vigilien u. ſ. w. H. F. Jacobſon.

Fiction und Präſumtion ſind zwei weſentlich von einander verſchiedene Begriffe. Es iſt aber zweckmäßig, beide in einem Artikel zu betrachten, um den zwiſchen ihnen ſtattfindenden Unterſchied deſto deutlicher hervortreten zu laſſen. Denn zu einer Verwechſelung der Fiction mit der Präſumtion könnte man dadurch verleitet werden, daß beide Ausdrücke ihrer ſprachlichen Bedeutung nach Gleiches oder wenigſtens Verwandtes zu bezeichnen ſcheinen. Das Weſen der Fiction beſteht darin,

---

96) Außer den oben Note 58, 62 cit. Stellen vgl. man noch: Augsb. Confeſſion Art. XXVI. XXVIII. Apologie der Confeſſion Art. IV. VIII. Concordienformel Art. X.

97) S. die oben Note 62 flg. cit. Geſetze. Dazu vgl. man das preuß. Religionsedict vom 9. Juli 1788, §. 12, Verordn. vom 31. Auguſt 1810, 8. Sept. 1832, ganz beſonders Cabinetsordre vom 7. Februar 1837 (Geſetzſamml. d. J. S. 19), Reſcript vom 28. April d. J., worauf ſich beſondere Feſtordnungen in den einzelnen Provinzen des Staates (in den Regierungsamtsblättern) ſtützen.

98) A vespera ad vesperam. Conc. Laodic. (a. 347—381.?) c. 29. c. 15. Capitul. Aquisgran. a. 789. Vgl. Capit. lib. I. c. 15., c. 19. Capit. Francoford. ann. 794. u. a. c. 1. X. de feriis. (2. 9.)

99) S. III. Moſis c. XXIII, V. 32. Daher wird in der Schöpfungsgeſchichte der Abend vor dem Morgen genannt. Im Mittelalter war dieſe Gewohnheit noch überhaupt bei den Orientalen. (S. v. Hammer in den Wiener Jahrbüchern der Lit. Bd. LX, S. 206, 207, Anm.)

100) L. 8. D. de feriis. (2. 12.) Vgl. Gellius Noctes Atticae lib. III. c. 2. — c. 24. X. de officio iudicis deleg. (1. 29.) (Innocent. III. a. 1203.) Doch gab es überhaupt Abweichungen nach der Gewohnheit c. 2. pr. X. de feriis. (2. 9.)

101) S. den Art. Faſten Note 37 flg. S. Falck, ſchleswig-holſtein. Privatrecht Bd. III, Th. 2, S. 701.

daß nach geſetzlicher Vorſchrift unter gewiſſen Umſtänden eine Thatſache, die in Wirklichkeit nicht eingetreten war, für eingetreten angenommen werden ſoll, damit auf den Fall, in welchem die Fiction ſtattfindet, diejenigen rechtlichen Folgen in Anwendung kommen, welche die Geſetze urſprünglich und eigentlich nur in dem Falle eintreten laſſen, da das fingirte Ereigniß wirklich ſtattgefunden hatte. Die Präſumtion dagegen iſt die geſetzliche Annahme, daß eine Thatſache, welche nach den gewöhnlichen Regeln der Beweisführung nicht für vollkommen bewieſen, ſondern nur für wahrſcheinlich gehalten werden kann, bewieſen ſei, ſo daß derjenige, der ſich auf dieſe Thatſache beruft, des weiteren Beweiſes derſelben überhoben iſt. Der Unterſchied zwiſchen Fiction und Präſumtion beſteht alſo darin, daß bei der erſteren eine Thatſache, von welcher man weiß, daß ſie in Wirklichkeit nicht eingetreten iſt, für eingetreten erachtet wird, bei der letzteren dagegen eine Thatſache, welche zwar nicht vollkommen bewieſen, aber doch wahrſcheinlich iſt, für bewieſen gehalten wird [1]).

1) Die Fiction (fictio iuris) hat nach dem Bisherigen keine andere Bedeutung, als einen beſtimmten Fall anzugeben, in welchem eine beſtimmte rechtliche Regel in Anwendung kommen ſoll. Der Unterſchied zwiſchen einer geſetzlichen Fiction und einer anderen geſetzlichen Vorſchrift beſteht daher nur in der Form, welche ſich bei der Fiction immer darauf wird zurückführen laſſen, daß es in dem Falle, in welchem dieſelbe ſtattfinden ſoll, ebenſo gehalten werden ſolle, als in dem Falle, da ſich das fingirte Ereigniß wirklich zugetragen hatte. Das römiſche Recht bedient ſich ſehr häufig der Form der Fiction, um vorhandene rechtliche Grundſätze auf neue Fälle auszudehnen. Namentlich geſchah das im älteren Rechte durch die fictitiae actiones, bei welchen fingirt wurde, der Kläger befinde ſich in dem Falle, für welchen eine Klage, die alsdann, im Gegenſatze zur fictitia actio, directa oder vulgaris actio genannt wurde, urſprünglich gegeben war [2]). So ſtanden z. B. die zu einer Erbſchaft gehörigen Klagen eigentlich als directae actiones nur demjenigen zu, welcher wirklich heres war; aber als fictitiae oder utiles actiones wurden ſie auch dem bonorum possessor und dem Fideicommiſſar gegeben, indem dieſelben durch Fiction als Erben angeſehen wurden [3]). Hinſichtlich der Wirkung war die fictitia actio der directa actio ganz gleich, und es war nur das der römiſchen Rechtsbildung eigenthümliche Feſthalten an hergebrachten Formeln, weßhalb man ſich dieſer Form bediente, um dem

---

1) Vgl. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes §. 83 und §. 146. Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. 1, S. 271 flg.

2) Vgl. Savigny, Syſtem des heutigen römiſchen Rechtes Bd. 5, §. 215.

3) Ulpian, XXVIII. §. 12., ſpricht von fictitiae actiones bei der bonorum possessio, während Caius, II. §. 253., bei dem Fideicommiß von utiles actiones redet. Wenn ſchon hieraus die gleiche Bedeutung von utilis und fictitia actio hervorzugehen ſcheint, ſo wird dieſes außer Zweifel geſetzt durch Caius IV. §. 34., wo die auf Fiction beruhenden Klagen den directae actiones entgegengeſetzt werden, und durch Caius IV. §. 38., wo eine auf Fiction beruhende Klage geradezu utilis actio genannt wird. Vgl. Savigny a. a. O. S. 71 und 72.

Fideicommiſſar und dem bonorum possessor die Klagen des heres zu geben[4]). Schon im Juſtinianiſchen Rechte iſt von den fictitiae actiones keine Rede mehr, da der frühere ordo iudiciorum, nach welchem die Entſcheidung eines Prozeſſes einem iudex durch eine formula überwieſen wurde, in welcher die Fiction ausgedrückt ſein mußte, ſeit Diocletians Zeiten verſchwunden war[5]). Dagegen iſt im Juſtinianiſchen Rechte natürlich der Sache nach geblieben, was durch jene fictitiae actiones erreicht werden ſollte, daß nämlich ein früher beſchränkteres Rechtsinſtitut auch auf andere Fälle erweitert würde. Wie dieſe Erweiterungen aus Rückſicht auf das praktiſche Bedürfniß, utilitas, getroffen waren, ſo wurden die auf eine ſolche Fiction gegründeten Klagen auch utiles actiones genannt, unter welcher Benennung ſie im Juſtinianiſchen Rechte noch vorkommen[6]), wobei es indeſſen kaum einer Bemerkung bedarf, daß zwiſchen den directae und den utiles actiones kein materialer Unterſchied ſtattfindet. — Außerdem kommen im römiſchen Rechte noch ſehr viele andere Fictionen vor, um die rechtlichen Grundſätze, welche urſprünglich für einen anderen Fall gelten, auch auf den Fall zu erſtrecken, für welchen die Fiction eintreten ſoll. So iſt es z. B. eine rechtliche Fiction, daß der Erbe mit dem Erblaſſer für eine Perſon angeſehen wird, um den rechtlichen Grundſatz, daß jeder für ſeine Handlungen einſtehen müſſe, auch auf den Erben hinſichtlich der Handlungen des Erblaſſers zu übertragen; ebenſo iſt es eine Fiction, daß die noch nicht angetretene Erbſchaft (hereditas iacens) die Perſon des Verſtorbenen vorſtellt und für das noch fortdauernde Eigenthum deſſelben genommen wird, damit die Erbſchaft nicht herrenlos ſei und der Vortheile verluſtig werde, die ihr unter Vorausſetzung jener Fiction zufallen können. Andere Beiſpiele von Fictionen ſind der fingirte Beſitz, der ſowohl bei demjenigen angenommen wird, der ſich muthwillig auf eine Klage einläßt, als ob er Beſitzer wäre, während er es nicht war, als auch bei demjenigen, der wirklich Beſitzer war, aber ſich des Beſitzes argliſtig entäußert hatte, um die Anſprüche des Klägers zu vereiteln, oder die fingirte Litiscconteſtation, welche als Strafe des Ungehorſams angenommen wird, wenn ſich der Beklagte nicht zu gehöriger Zeit auf die Klage eingelaſſen hatte. In allen dieſen Fällen läßt ſich die Fiction auf die Vorſchrift zurückführen, daß in dem Falle, da ein Ereigniß fingirt wird, dieſelben rechtlichen Folgen eintreten ſollen, welche eintreten müßten, wenn ſich das fingirte Ereigniß wirklich zugetragen hätte, was man auch durch die Rechtsregel: fictio idem operatur in casu ficto, quod veritas in casu vero auszudrücken pflegt. Daraus ergibt ſich auch, daß die Fiction keine weiteren Eigenthümlichkeiten hat, ſondern nichts anderes iſt als eine Weiſe, in welcher eine geſetzliche Beſtimmung getroffen wird.

4) Andere Beiſpiele von Klagen, welche auf Fiction beruhen, finden ſich bei Caius, IV. §. 34—38.

5) Vgl. Savigny a. a. O. §. 213, S. 63 und 64. In welcher Weiſe die Fiction in der formula ausgedrückt wurde, ſ. bei Caius, IV. §. 36 u. 37.

6) Savigny a. a. O. S. 73.

2) Während die Fiction eine geſetzliche Beſtimmung iſt, hat die Präſumtion die Bedeutung eines Beweiſes. Das Eigenthümliche dieſes Beweiſes beſteht darin, daß die Thatſachen, für welche eine Präſumtion ſpricht, für bewieſen angenommen werden, ohne daß ſie in der That vollſtändig bewieſen ſind. Es iſt klar, daß es nur Sache eines Geſetzes ſein kann, ſolche Präſumtionen aufzuſtellen, da mit denſelben Ausnahmen von den gewöhnlichen Regeln der Beweisführung gemacht werden [7]). Die Präſumtionen, welche einen wirklichen Beweis herſtellen ſollen, müſſen daher praesumtiones iuris ſein, d. h. in einem Geſetze als ſolche anerkannt ſein. Der teutſche Ausdruck Vermuthung oder auch Rechtsvermuthung für dieſe beweiſenden Präſumtionen iſt inſofern nicht ganz paſſend, als man im gewöhnlichen Sprachgebrauche die Vermuthung von der Gewißheit unterſcheidet, während die Präſumtionen doch gerade die Bedeutung haben, rechtliche Gewißheit zu gewähren [8]). Es iſt aber für viele Fälle und Verhältniſſe nothwendig oder zweckmäßig, daß die Geſetze ſolche Präſumtionen aufſtellen, welche die Stelle eines wirklichen Beweiſes vertreten. Namentlich gibt es viele Ereigniſſe oder Thatſachen, deren Natur es mit ſich bringt, daß kein nach den gewöhnlichen Regeln der Beweisführung vollſtändiger Beweis von ihnen geführt werden kann, während doch die wichtigſten rechtlichen Folgen davon abhängen, daß das Daſein dieſer Thatſachen mit rechtlicher Gewißheit feſtſtehe. Für ſolche Fälle ſind die Präſumtionen nothwendig, vermöge deren eine Thatſache als bewieſen angenommen wird, ohne daß für den Eintritt derſelben mehr als bloße Wahrſcheinlichkeit vorhanden iſt. Man pflegt zwei Arten von praesumtiones iuris oder Rechtsvermuthungen zu unterſcheiden. a) Die von den Neueren ſogenannten praesumtiones iuris et de iure, welche eine ſo unumſtößliche rechtliche Gewißheit begründen, daß nicht einmal ein Gegenbeweis gegen dieſelben zugelaſſen wird. Eine ſolche Präſumtion iſt es z. B., daß ein Kind, welches nach vollendetem zehnten Monate nach Beendigung der Ehe geboren wird, nicht mehr für ein eheliches gehalten wird. Denn an und für ſich iſt es nur höchſt wahrſcheinlich, keineswegs aber gewiß, daß ein ſolches Kind nicht mehr in der Ehe erzeugt ſein könne [9]). Ein Beweis gegen dieſe Präſumtion iſt aber nicht wohl möglich, da er darauf gerichtet ſein müßte, daß die Mutter nach Beendigung der Ehe nicht noch mit Anderen zu thun gehabt habe. Aber umgekehrt läßt ſich auch nicht beweiſen, ſondern blos auf den Grund mediciniſcher Erfahrung vermuthen, daß ein nach Ablauf dieſer Zeitfriſt geborenes Kind kein eheliches ſein ſollte. Darum bleibt nichts übrig, als dieſer Vermuthung die Eigenſchaft unumſtößlicher rechtlicher Gewißheit beizulegen. Ein anderes Beiſpiel einer ſolchen Präſumtion bietet die exceptio non numeratae pecuniae, indem derjenige, der in einer Schuldverſchreibung bekennt, Geld von einem Anderen geliehen erhalten zu

---

7) Mühlenbruch, §. 146, Note 14.

8) Mühlenbruch a. a. O. Note 13.

9) Vgl. jedoch über die abweichende Meinung Anderer Mühlenbruch a. a. O. §. 205, Note 6.

haben, mit dieſer Einrede gar nicht mehr gehört wird, wenn er ſeit Ausſtellung der Verſchreibung zwei Jahre hatte verſtreichen laſſen. Es wird alſo alsdann ſchlechterdings und unter Ausſchließung des Gegenbeweiſes von ihm angenommen, daß er das Darlehn erhalten habe, ungeachtet es, wenn auch nicht wahrſcheinlich, doch nicht geradezu unmöglich iſt, daß er es nicht erhalten habe. Der Grund dieſer Präſumtion liegt zwar nicht darin, daß es unmöglich wäre, den Nichtempfang des Darlehns zu beweiſen; aber es iſt nicht wohl anzunehmen, daß Jemand, der nicht wirklich das Darlehn erhalten, die betreffende Schuldverſchreibung ſo lange in den Händen des Anderen laſſen werde, ſo daß, da zu befürchten ſteht, der Beweis des Nichtempfanges werde blos aus Chikane oder betrügeriſcher Abſicht unternommen, dieſer Beweis zweckmäßig geradezu abgeſchnitten wird. b) Die von den Neueren ſchlechthin ſo genannten praesumtiones iuris oder gemeinen Rechtsvermuthungen, welche zwar einen vollen Beweis ausmachen, aber den Beweis des Gegentheiles nicht ausſchließen. Solcher Präſumtionen gibt es in unſeren Rechten eine große Anzahl. Darunter gehört z. B. die Regel: pater est, quem nuptiae demonstrant, nach welcher eheliche Geburt vermuthet wird, wenn das Kind weder vor Anfang des ſiebenten Monates nach eingegangener, noch nach dem Ende des zehnten Monates nach beendigter Ehe zur Welt gekommen iſt; ferner die Präſumtionen über die Priorität des Todes, nach welchen bei vorhandener Ungewißheit, wer von mehreren Perſonen zuerſt verſtorben ſei, im Zweifel angenommen wird, daß der Unmündige vor dem Mündigen, und der Aſcendent vor dem mündigen Deſcendenten verſtorben ſei; ſo wie die Vermuthung, daß ein Verſchollener nach zurückgelegtem 70. Jahre ſich nicht mehr am Leben befinde. Für alle dieſe Präſumtionen gilt die Regel: praesumtio cedit veritati, ſo daß ſie nur im Zweifel, d. h. ſo lange das Gegentheil nicht nachgewieſen werden kann, Giltigkeit haben. Alle Präſumtionen der einen oder der anderen Art gewähren aber immer blos eine formale Wahrheit, indem ihr Weſen gerade darin beſteht, daß eine Thatſache, die an und für ſich blos wahrſcheinlich iſt, in Folge geſetzlicher Beſtimmung für gewiß genommen werden ſoll. Daher verſteht ſich von ſelbſt, daß im Gebiete des Criminalrechtes, wo es immer nur auf materiale Wahrheit ankommen kann, gar keine Präſumtionen ſtattfinden können, wie denn auch die Lehre früherer Criminaliſten, daß Zurechnungsfähigkeit und böſe Abſicht präſumirt werden müßten, gegenwärtig wohl von Niemandem mehr vertheidigt wird[10]). Mit den Rechtsvermuthungen ſind aber die von den Neueren ſogenannten praesumtiones hominis oder einfachen Vermuthungen nicht zu verwechſeln. Unter denſelben verſteht man aus anderen Thatſachen ſich ergebende Schlußfolgerungen, welche, ſchon nach den Geſetzen der Logik, den Richter nöthigen, eine Thatſache bis zum Beweiſe des Gegentheiles für

---

10) Dagegen iſt es nicht Präſumtion, ſondern wirklicher Beweis der Zurechnungsfähigkeit oder der böſen Abſicht, wenn ſich aus der ganzen Sachlage unzweifelhaft ergibt, daß dieſelben vorhanden geweſen ſeien. Vgl. Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft §. 81 und 88.

bewieſen anzunehmen. Solche Vermuthungen oder Schlußfolgerungen ſind keine praesumtiones iuris, weil ſie auf den Geſetzen der Logik beruhen und eben deßwegen keiner geſetzlichen Anerkennung bedürfen[11]). Die Wirkung derſelben iſt aber die nämliche, als bei den praesumtiones iuris: daß ſie denjenigen, der ſie für ſich hat, von der Beweislaſt befreien. Nach den Geſetzen der Logik ſtreitet z. B. eine ſolche Vermuthung für jede negative Behauptung, indem das Nichtdaſein einer Thatſache, deren Daſein ſich nicht von ſelbſt verſteht, ſo lange angenommen werden muß, bis das Daſein derſelben erwieſen iſt. Auf dieſer Präſumtion beruht die bekannte Regel: quisque praesumitur bonus, donec probetur contrarium, ſo wie auch der Grundſatz, daß bei Jedermann die Vermuthung für Freiheit ſeiner Perſon oder für Freiheit und Unabhängigkeit ſeines Eigenthums ſtreite. Auch nennt man es praesumtio hominis, wenn ſich aus den vorhandenen Umſtänden eine Vermuthung für die Wahrſcheinlichkeit einer Thatſache ergibt, ſo daß der zu führende Beweis derſelben dadurch größere Unterſtützung erhält[12]). Luden.

Fideicommissum[1]) heißt in der Kunſtſprache der römiſchen Juriſten eine letztwillige Zuwendung, welche nicht in den befehlenden Worten des Erblaſſers, in der Strenge der juriſtiſchen Form ihren Grund hat, ſondern einzig in dem durch Bittworte ausgedrückten Willen des Errichtenden[2]). Die erſte Spur dieſer Vermächtnißform findet ſich in den Schriften des Cicero[3]), wo ſie als Mittel vorkommt, um denen etwas zu hinterlaſſen, welche weder auf dem Wege der Erbſchaft noch auf dem des Legates bedacht werden können. Nach dem Zeugniſſe des Caius[4])

---

11) Vgl. auch Mühlenbruch, §. 146, Note 14. Es iſt unrichtig, wenn Glück a. a. O. ſolche auf einem rein logiſchen Schluſſe beruhenden Schlußfolgerungen mit unter die Rechtsvermuthungen rechnet. Zwar mögen viele dieſer Schlußfolgerungen auch in den Geſetzen anerkannt ſein; allein auch wenn ſie es nicht wären, würde ihre Bedeutung die nämliche ſein, da ein logiſcher Schluß zu ſeiner Giltigkeit keiner geſetzlichen Anerkennung bedarf.

12) Nur in dieſem Sinne verſteht Glück a. a. O. die ſogenannten praesumtiones hominis, denen er daher auch nur die Bedeutung beilegt, zu bewirken, daß zuweilen auf den Erfüllungseid oder den Reinigungseid erkannt werden könne.

1) Literatur: C. Chifflet, de iure fideicommissorum lib. IV. Lugd. 1584. und in Ottonis thes. iuris tom. V. p. 769 sq. E. L. Weſtphal, hermeneutiſch-ſyſtematiſche Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen Th. 2. Leipzig 1791. Dionysius van de Wynpersse, disputatio iuridica inaug. ad locum iuris Romani qui est de fideicommissis sive de fideicommissorum Romanorum historia Lugd. Bat. 1822. 8. Roßhirt, die Lehre von den Vermächtniſſen nach römiſchem Rechte (Heidelberg 1835), 2 Theile. Vorzüglich gut iſt Marezoll zu der Lehre von den Vermächtniſſen in ſeiner und v. Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 9, S. 61—134 und S. 247—310.

2) Ulpiani fragm. XXV. §. 1. Vgl. Caius, inst. II. §. 247. 248. Theoph. paraphr. inst. II. 23. §. 1. ed. Reitz tom. I. p. 489.

3) De finibus bon. et malorum II. 17. 18. III. 20.

4) Comm. II. §. 285.

und Theophilus[5]) waren Fideicommiſſe die gewöhnliche Vermächtnißform der Peregrinen und für Peregrinen, und, wenn ſie ſchon zeitig bei den Römern Eingang fanden, ſo wurde dieß hauptſächlich durch den Thatumſtand veranlaßt, daß römiſche Bürger auf dieſe Weiſe Peregrinen ihr Vermögen zuwenden konnten, was freilich in ſpäteren Zeiten ausdrücklich verboten ward mit dem Zuſatze eines unter Hadrian abgefaßten Senatusconſults, daß dergleichen Zuwendungen als Ereptorien dem Fiscus verfallen ſollten[6]). Die Fideicommiſſe entbehrten in der älteſten Zeit aller Erzwingbarkeit; denn es hing nur von dem freien Willen deſſen ab, welchem ſich der Erblaſſer anvertraut hatte, ob er den ihm zugewieſenen Auftrag ausführen wollte oder nicht. Erſt ſeit der Zeit von Auguſt wurden ſie erzwingbar, da dieſer Kaiſer in Rückſicht auf einzelne ausgezeichnete Perſonen mehrmals von der Strenge des Rechtes abwich, und ſpäter zur Verhütung von bedeutenden Unterſchlagungen und zur Beſtrafung der Unredlichkeit derer, welche dergleichen Aufträge übernommen hatten, die Conſuln anwies, die Ausantwortung ſolcher Zuwendungen an die Bedachten durch Anwendung von Zwangsmitteln herbeizuführen. Was zuerſt nur für einzelne Fälle verordnet worden war, fand bald von Seiten des dem Volke inwohnenden Rechtsgefühles Billigung, und ſo ward die Erzwingbarkeit der Fideicommiſſe allgemein anerkannt. Als Mittel, die Aushändigung zu bewirken, diente nicht eine beſondere actio, keine formula, welche den Prozeß zwiſchen den Magiſtrat und den Judex privatus gewiſſermaßen theilte[7]), ſondern ein einfacher Antrag bei dem Magiſtrate (bei den Römern bald persecutio[8]), bald petitio genannt[9])), welchen dieſer in eigner Perſon unterſuchte und entſchied[10]). Dieſer Antrag geſchah zu den Zeiten des Caius und Ulpianus in den Provinzen bei den Statthaltern derſelben, in Rom bei den Conſuln oder dem Prätor[11]), und die Competenz dieſer letzten beiden Magiſtrate beſtimmte ſich nach dem Betrage des Fideicommiſſes[12]). Wahrſcheinlich rührte dieſe Organiſation der Fideicommißgerichte von Claudius her, welcher die den Conſuln früher nur alljährlich delegirte Gerichtsbarkeit zu einer dauernden machte, zu dieſem Zwecke zwei beſondere Prätoren beſtellte und dieſe Gerichtsbarkeit auch auf die Provinzen ausdehnte[13]). Als nun ſpäter Titus einen von dieſen Prätoren hinwegnahm, bildete ſich jenes von den claſſiſchen Juriſten erwähnte Competenzverhältniß, welches in

5) Paraphr. II. 23. §. 1.

6) Caius, inst. II. §. 285.

7) Caius, inst. II. §. 278. Ulp. fragm. 23. §. 12.

8) Persequi bei Caius, inst. II. §. 278., persecutio bei Caius II. §. 281. und Papinian in L. 3. pr. D. de usuris. (22. 1.)

9) Petitio bei Paullus, sent. rec. IV. 1. §. 18.

10) Ulpiani fragm. 23. §. 12. Daher offerre cognitionem in L. 3. pr. D. ut in possessionem legatorum. (36. 4.)

11) Caius, inst. II. §. 278., Ulpiani fragm. 23. 12.

12) Quinct. inst. orat. III. 6. Vgl. Cuiacii obs. et emendat. XXI. 34.

13) Sueton. Claud. 22. L. 2. §. 32. D. de origine iuris. (1. 2.)

den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern[14]) noch als beſtehend vorausgeſetzt wird. Die Klage aus dem Fideicommiſſe ging im vorjuſtinianiſchen Rechte immer auf das Einfache[15]) und hatte das Eigenthümliche, daß von der Zeit des Verzugs an auch die Früchte und Zinſen des vermachten Gegenſtandes ausgehändigt werden mußten, was zu Caius Zeiten bei Legaten nicht ſtattfand, da nur ausnahmsweiſe auf Julians Auctorität hin das legatum sinendi modo relictum den Fideicommiſſen in dieſer Rückſicht gleichgeſtellt wurde[16]), was ſpäterhin freilich auch bei anderen Legatsformen zur Regel erhoben ward[17]).

Die Fideicommiſſe waren in dem vorjuſtinianiſchen Rechte durchaus frei und unbeſchränkt. Nicht nur konnten ſie außer in Teſtamenten und teſtamentariſch beſtätigten Codicillen auch in einfachen nicht beſtätigten Codicillen, und, wenn gar kein Teſtament vorhanden iſt, hinterlaſſen werden[18]), ferner in Teſtamenten auch vor der Erbeinſetzung[19]), dann auch in griechiſcher Sprache[20]), ohne Beobachtung beſtimmter Formeln, ja ſelbſt durch bloßes Zuwinken[21]). Auch brauchte der Onerirte nicht gerade der Erbe ſelbſt zu ſein, ſondern ſelbſt der Legatar[22]), der Erbe des Erben oder des Legatars[23]), ferner die, welche mit dem Erben oder dem Legatar in einem ſolchen Verhältniſſe der Perſoneneinheit ſtanden, daß ſie durch dieſelben erwarben[24]), und wer ſonſt von Todeswegen etwas aus der Vermögensmaſſe erhielt, z. B. eine mortis causa donatio[25]), konnte mit Fideicommiſſen onerirt werden; freilich mit der Beſchränkung, daß der Gegenſtand des Fideicommiſſes nicht mehr betrug, als was der Onerirte ex causa lucrativa erhielt. Ebenſo konnten Sachen aller Art, einzelne, eine Erbſchaft oder eine Erbſchaftsquote, ſie mochten dem Erblaſſer ſelbſt oder dem Erben gehören, oder fremde ſein, den Gegenſtand eines Fidei-

---

14) So kommt der praetor fideicommissarius vor in L. 78. §. 6. D. de legat. (32. 3.), L. 92. D. de condit. et demonstr. (35. 1.), L. 4. D. quibus ad libertatem proclamare. (40. 13.), L. 2. C. qui potiores in pignore. (8. 18.); der Präſes L. 5. C. de rebus creditis. (4. 1.)

15) Caius, instit. II. 282.

16) Caius, inst. II. 280. Ganz verſtümmelt erſcheint die urſprüngliche Anſicht des Schriftſtellers bei Caius, epitome II. 7. §. 8. Vgl. Madai, von der Mora S. 361—363.

17) Paulli sent. rec. III. 8. §. 4. L. 24. pr. D. de usufr. leg. (33. 2.) L. 5. pr. D. de operibus publicis. (50. 10.) L. 34. D. de usuris. (22. 1.)

18) Ulpiani fragm. 23. §. 4 u. 8. §. 1. J. de codicillis. (2. 25.)

19) Ulpiani fr. 23. 8.

20) Caius, inst. II. §. 281. Ulp. fr. 23. 9. L. 11. pr. D. de legat. III. (32.)

21) Ulp. fr. 23. 3. L. 21. pr. D. 32.

22) Caius, inst. II. §. 271. Ulpiani fr. 25. 10. pr. J. de singulis rebus per fideic. (2. 24.) L. 5. §. 1. D. 32.

23) L. 5. §. 1. D. 32.

24) Ulpiani fragm. 25. 10. L. 11. pr. D. de leg. I. (30.)

25) L. 77. §. 1. D. de legatis. II. (31.) L. 11. D. de dote praelegata. (33. 4.)

commiſſes bilden[26]) (bei fremden wurde dann das Fideicommiß durch den Ankauf der Sache oder den Erſatz des Taxwerthes realiſirt[27])). Auch war die Fähigkeit, Fideicommiſſe zu erhalten, in den älteſten Zeiten nicht durch die Erbfähigkeit oder Capacität des Empfängers bedingt, da nicht allein Peregrinen Fideicommiſſe erhalten konnten, ſondern auch Kinderloſe und Unverheirathete, ferner incertae personae, postumi alieni und im ſpäteren Rechte auch noch Junianiſche Latinen[28]). Allein dieß Alles iſt durch ſpätere Senatsbeſchlüſſe bedeutend modificirt worden. Zunächſt erklärte ein Senatusconſult unter Hadrian die den Peregrinen hinterlaſſenen Fideicommiſſe für Ereptorien[29]); ein Pegaſianiſches Sc. erklärte die den Eheloſen und Kinderloſen vermachten nach Analogie der Erbſchaften und Legate für Caduca und wies ſie denen zu, welchen nach der lex Iulia und Papia das Recht zuſtand, caduke Erbſchaften und Legate zu vindiciren[30]). Auch für incertae personae und postumi alieni wurden durch ein Hadrianiſches Senatusconſult in Betreff der Fideicommiſſe dieſelben Rechtsſätze geltend gemacht, welche von Erbſchaften und Legaten galten[31]). So konnte ſchon Ulpian die Regel aufſtellen, daß Fideicommiſſe nur ſolchen, welche mit Legaten bedacht werden können, hinterlaſſen werden dürfen[32]), wenn ſchon mit dem Zuſatze, daß Junianiſche Latinen, welche keine Legate erhalten können, in Betreff der Fideicommiſſe erwerbsfähig ſind[33]). Seitdem nun auch dieſe nicht mehr im römiſchen Staate vorkamen, konnte in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern als allgemeiner Grundſatz aufgeſtellt werden, daß die Erwerbsfähigkeit der Fideicommiſſe durch die der Erbſchaften und Legate bedingt ſei. Zur Errichtung von Fideicommiſſen waren ſolenne Worte nicht nothwendig; es genügte, wenn ſich der Erblaſſer mit Bittworten an den Onerirten wandte. Gewöhnlich waren in dieſer Beziehung folgende Ausdrücke: peto, rogo, volo, volo dari, mando, deprecor, cupio, iniungo, desidero, impero, commendo[34]), obſchon Paullus[35]) das zuletztgenannte Wort zugleich mit dem Ausdrucke relinquo als unpaſſend verwirft. Auch durfte der Erblaſſer ſich unmittelbar an den Fideicommiſſar wenden, ohne den Onerirten weiter zu bezeichnen, z. B. in den

---

26) Caius, inst. II. §. 261. Paull. sent. rec. IV. 1. §. 7. Ulp. fr. 23. 5. §. 1. J. 2. 24. Ward eine fremde Sache als eigene hinterlaſſen, ſo war zur Giltigkeit des Fideicommiſſes der Beweis nöthig, daß der Erblaſſer, auch wenn er nicht im Irrthume befangen geweſen wäre, das Fideicommiß angeordnet haben würde. Paulli sent. rec. IV. 1. §. 8.

27) Caius, inst. II. §. 262. Paull. sent. rec. IV. 1. §. 7.

28) Caius, inst. II. 275. 285—287.

29) Caius, inst. II. §. 285.

30) Caius, inst. II. §. 286.

31) Caius, inst. II. §. 287.

32) Ulpiani fr. 23. §. 6.

33) Ulp. fr. 25. §. 6.

34) Caius, inst. II. §. 248. Ulpiani fr. 25. §. 2. Paull. sent. rec. IV. 1. §. 6. L. 78. §. 8. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

35) Paulli sent. recept. IV. 1. §. 6.

Formeln peto, contentus sis illa re, volo tibi illud praestari[36]). Immerhin konnte der Fideicommiſſar aber nur durch das Dazwiſchentreten des Onerirten ſein Vermächtniß erhalten, da ein unmittelbarer Eigenthumsübergang von dem Erblaſſer oder dem Onerirten auf den Fideicommiſſar nicht eintrat, und nur die Verbindlichkeit des Onerirten zur Reſtitution des Vermächtniſſes die Folge des Fideicommiſſes ſein konnte. Damit hängt es denn auch zuſammen, daß jedes Fideicommiß nach altem Rechte eine Singularſucceſſion begründet, auch das Univerſalfideicommiß, wennſchon dieſes ſeit dem Trebellianiſchen Senatusconſulte wenigſtens oft dem endlichen Erfolge nach eine successio per universitatem herbeiführt.

In den Juſtinianiſchen Rechtsquellen wird die Gleichſtellung der Legate und Fideicommiſſe ganz allgemein ausgeſprochen[37]); allein nicht zu gedenken, daß auch im Juſtinianiſchen Rechte noch manche Eigenthümlichkeit der Legate ſtehen geblieben iſt[38]), ſo ergibt die Rechtsgeſchichte, daß dieſer Ausſpruch nicht ſo wörtlich zu nehmen iſt. Den erſten Schritt zur Verſchmelzung thaten die Söhne Conſtantins durch die Beſtimmung, daß es bei Anordnung der Legate und Fideicommiſſe nicht weiter auf die Beobachtung beſtimmter Wortformen ankommen ſolle[39]); eine Verordnung von Theodos und Valentinian erlaubte auch in griechiſcher Sprache zu teſtiren, alſo auch zu legiren[40]); die letzten Schritte zur Ausgleichung that Juſtinian, welcher zunächſt in const. 1. C. comm. de legatis et fideicommissis (6. 43.) zur größeren Sicherung der Vermächtnißnehmer für die Ausantwortung des Vermächtniſſes verordnete, daß ohne Unterſchied jeder Vermächtnißnehmer, ſein Vermächtniß ſei ein Legat oder Fideicommiß, eine personalis actio zur Geltendmachung ſeines Anſpruches haben; auch ſein Recht auf die vermachte Sache mit einer in rem actio geltend machen könne, wo dieß überhaupt der ſonſtigen Natur des Verhältniſſes nach möglich iſt, und an der Erbportion des Onerirten, oder, wenn dieſer nicht der eigentliche Erbe iſt, an denjenigen einzelnen Sachen, die er ſelbſt vom Erblaſſer letztwillig erhalten, eine geſetzliche Hypothek haben ſolle, wodurch zugleich die bisherige bei Vermächtniſſen vorkommende in rem missio ganz abgeſchafft ward. Fragt man nun, welche perſönliche Klage Juſtinian gemeint habe, ſo läßt ſich nicht ohne Wahrſcheinlichkeit behaupten, daß es die fideicommissi persecutio ſei, da er ja ſelbſt in einem ſpäteren Geſetze dieß als die Neuerung ſeiner Conſtitution bezeichnet[41]). Ueber die Natur der anderen Klage, der den Vermächtnißnehmern geſtatteten in rem actio, herrſcht unter den neue-

---

36) Paulli sent. recept. IV. 1. §. 5. L. 69. pr. D. de legatis II. (31.) L. 12. §. 4. D. de legat III. (32.)

37) L. 1. D. de legatis I. (30.)

38) §. 2. J. 2. 24., ferner das legatum tutelae.

39) L. 21. C. de legatis. (6. 37.) Vgl. Marezoll a. a. O. Th. 9, S. 247—249.

40) L. 21. §. 4. C. de testamentis. (6. 23.)

41) Nov. 108. cap. 2. Vgl. Marezoll a. a. O. Bd. 9, S. 275—280.

ren Juriſten eine zwiefache Meinung. Die ältere, welche man wohl die herrſchende nennen darf, geſtattet dem Vermächtnißnehmer eine wirkliche Eigenthumsklage gegen den Onerirten unter der Vorausſetzung, daß die vermachten Sachen dem disponirenden Erblaſſer eigenthümlich zugehören und dieſer den Vermächtnißnehmer nicht zunächſt an eine beſtimmte onerirte Perſon, ſondern an die vermachte Sache ſelbſt gewieſen habe, und bildet daraus den Fall des legatum speciei testatoris propriae, welches noch im neueſten Rechte gelten ſoll. Dieſer Anſicht ſteht indeß der Umſtand entgegen, daß Juſtinian in einer ſpäteren Conſtitution[42]), worin er ſeiner früheren Verordnung gedenkt, dem onerirten Erben verbietet, bei unbedingten Legaten die vermachten Sachen (wie das bisher geſtattet geweſen) zu veräußern, und den Vermächtnißnehmern erlaubt, wenn dennoch der neuen geſetzlichen Vorſchrift ungeachtet dergleichen Veräußerungen geſchehen, die veräußerten Sachen ohne weiteres zu vindiciren. Eines ſolchen Veräußerungsverbotes hätte es aber doch wohl überall nicht bedurft, wenn den Vermächtnißnehmern ſchon durch das frühere Geſetz ein allgemeines Vindicationsrecht geſtattet und ein ſtillſchweigender Eigenthumsübergang angenommen worden wäre. Dazu kommt, daß nach derſelben Conſtitution[43]) ſogar bei bedingten Vermächtniſſen die in der Zwiſchenzeit vom Erben gemachten Veräußerungen rückwärts ungiltig werden ſollen; ein ſicherer Beweis dafür, daß das Veräußerungsverbot für den Onerirten und die angedrohte Nichtigkeit der Veräußerung nicht zunächſt eine Folge des dem Vermächtnißnehmer ſchon zuſtehenden Eigenthums ſein kann. Entſcheidend iſt endlich ein noch ſpäteres Geſetz Juſtinians[44]), worin ausgeſprochen wird, daß der Onerirte die vermachte Sache zu tradiren verbunden ſei, und daß der Vermächtnißnehmer nur durch Tradition dazu gelangen könne. Dennoch ſcheint es räthlicher, jene den Vermächtnißnehmern allgemein geſtattete in rem actio[45]) für eine utilis in rem actio zu halten, beſtimmt zur Sicherung des Vermächtnißnehmers bis zum vollen Eigenthumserwerbe. Die Vorausſetzungen, unter welchen ſie zuſteht, ſind, daß nach der ganzen Art des in Frage ſtehenden Vermächtnißfalles, insbeſondere nach der Art des vermachten Gegenſtandes überhaupt eine ſolche Klage denkbar und juriſtiſch möglich ſei, und daß der Erblaſſer wirklich dem Vermächtnißnehmer das Eigenthum an der vermachten Sache habe zuwenden wollen. Dagegen iſt es in Betreff der Klage ganz bedeutungslos, welches die Wortfaſſung des Vermächtniſſes iſt, ob es ein Legat oder Fideicommiß, oder im erſteren Falle, ob es in

42) C. 3. §. 2 u. 3. C. 6. 43.
43) L. 3. §. 3. C. 6. 43.
44) L. 8. C. ad SC. Trebell. (6. 49.)
45) L. 1. C. 6. 43.: et non solum personalem actionem praestare, sed et in rem, quatenus eis liceat easdem res, sive quodcunque genus legati sive per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda. Weiter unten: nihil est grave etiam adversus eum non tantum personalem sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. L. 2. L. 3. §. 2. C. ibid. §. 2. J. de legatis. (2. 20.) Theoph. ad h. l. tom. I. p. 437. Nov. 108. cap. 2.

der Vindications= oder Damnationsform angeordnet iſt; auch kommt es nicht weiter in Frage, ob der Vermächtnißnehmer zunächſt an die Sache ſelbſt oder an eine beſtimmte onerirte Perſon gewieſen iſt, ſei dieſe der directe Erbe oder ein Legatar oder Fideicommiſſar; endlich iſt es zur Begründung der Klage einerlei, ob die vermachte Sache dem Teſtirer ſelbſt oder deſſen Erben eigenthümlich zugehört. In vielen Fällen wird freilich die Klage mit der dem Vermächtnißnehmer ebenfalls ohne Unterſchied der Fälle, des Legates nämlich und des Fideicommiſſes, geſtatteten Pfandklage auf ihrem Gebiete zuſammenfallen, doch darf dabei nicht überſehen werden, daß dieſes Zuſammenfallen nur zufällig iſt. — In der ſpäteren L. 2. C. ibid., welche den Zweck hatte, ſich der vermachenden Erblaſſer ſelbſt anzunehmen, damit ihr wahrer Wille realiſirt werde, verordnet Juſtinian weiter, daß bei Anordnung von Legaten und Fideicommiſſen weiter gar nichts mehr auf die dabei gebrauchten Worte ankommen ſolle, ob man ſich dazu precativer oder directer oder beſchwörender Worte bedient habe; ein Fideicommiß ſoll ferner ebenſo gut wie ein Legat und ein Legat ſo gut wie ein Fideicommiß ſein, ſelbſt dann, wenn der Erblaſſer das Vermächtniß mit einem von beiden Namen ausdrücklich bezeichnet hat; ein jedes dieſer Vermächtniſſe ſoll aber auch gleiche rechtliche Wirkungen haben, und aus allen gleichmäßig die perſönliche Klage, die in rem actio und die hypothekariſche Klage entſtehen; endlich ſoll durch dieſe Verſchmelzung eine neue Theorie herbeigeführt werden, indem die dem Vermächtnißnehmer vortheilhaften Eigenthümlichkeiten des Fideicommiſſes auf das Legat, und die des Legates auf das Fideicommiß übertragen werden, und wo eine derartige Uebertragung nach den bisher getrennten Theorien der Legate und Fideicommiſſe mit der Natur der Sache unverträglich iſt, ſoll die Fideicommißtheorie vorwalten, und zwar darum, weil ſie von jeher im Ganzen die billigere und günſtigere geweſen ſei.

Eine geſetzlich ausgezeichnete Gattung der Fideicommiſſe iſt das ſogenannte Univerſalfideicommiß, bei den Römern fideicommissum hereditatis genannt, welches darin beſteht, daß der Erblaſſer ſeinem Erben befiehlt, entweder die ganze Erbſchaft oder eine Quote derſelben an eine andere Perſon auszuantworten. Der Erbe heißt hier in der Kunſtſprache der römiſchen Rechtsgelehrten fiduciarius heres; der aber, an welchen die Reſtitution erfolgt, fideicommissarius, was die neueren Rechtsgelehrten gewöhnlich in heres fideicommissarius umwandeln. In der älteren Zeit bezog ſich der Begriff des Univerſalfideicommiſſes wohl nur auf den Teſtamentsfall, da nicht allein das Trebellianiſche Sc. dieſen Fall allein anerkennt[46]), ſondern auch die Juſtinianiſchen Inſtitutionen und Theophilus auf das Daſein eines giltigen Teſtamentes noch ein beſonderes Gewicht legen. Schon zur Zeit der claſſiſchen Juriſten wurde indeß der Begriff auch auf die Inteſtaterbfolge angewendet[47]). Im Anfange wurde der Fideicommiſſar nach der Reſtitution als Erbſchaftskäufer behan=

46) L. 1. §. 2. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) Vgl. L. 1. §. 5. D. ibid.

47) L. 1. §. 5. D. 36. 1.

delt[48]), und deßhalb zwiſchen ihm und dem Fiduciar, welcher in der That Erbe blieb, ein imaginärer Kaufvertrag über die Erbſchaft abgeſchloſſen unter Einfügung beſtimmter Stipulationen, wodurch der Fideicommiſſar ſich verbindlich machte zur Vertretung des Erben gegen die Erbſchaftsgläubiger und zu ſeiner Schadloshaltung, falls er durch eine von den Erbſchaftsgläubigern gegen ihn gerichtete Klage zur Zahlung einer Erbſchaftsſchuld gezwungen würde; und auch der Fiduciar ſich verpflichtete, an den Fideicommiſſar alles herauszugeben, was er von den Erbſchaftsſchuldnern erhalten würde, und die übrigen gegen dieſe zuſtehenden Klagen dem Fideicommiſſar in der Weiſe zu cediren, daß dieſer ſie als deſſen Stellvertreter (gleichviel ob in der Form der Procuratur oder Cognitur) anzuſtellen vermöchte. Eine andere Geſtalt erhielt dieſe Lehre durch das Trebellianiſche Senatusconſult vom Jahre d. St. 814 [49]), welches, von der Anſicht ausgehend, daß es viel billiger ſei, denjenigen, welcher den Vortheil der Reſtitution genießt, auch zur Einlaſſung und Antwort auf die Erbſchaftsklagen zu zwingen, als den Erben, welcher durch die Reſtitution das vom Erblaſſer in ihn geſetzte Vertrauen gerechtfertigt hat, dadurch in Schaden zu bringen, verordnete, daß die Erbſchaftsklagen fernerhin nicht mehr dem Fiduciar und gegen denſelben zuſtehen, ſondern vielmehr dem Fideicommiſſar und gegen ihn ertheilt werden ſollten. Dieſe Vorſchrift ward durch das Dazwiſchentreten des Prätors ſo in das Werk geſetzt, daß dem Fideicommiſſar und gegen denſelben ausgedehnte Klagen (utiles actiones) geſtattet wurden[50]), während die dem Fiduciar und gegen denſelben zuſtehenden directen Klagen durch die Geſtattung von Einreden abgewieſen wurden [51]). Da indeß auch nach dieſem Senatusconſulte es immer noch von der Willkür des Fiduciars abhing, ob er das ihm übertragene Vermächtniß ausantworten wollte oder nicht, weil er ja nicht zum Erbſchaftsantritte gezwungen werden konnte, und deßhalb eine Menge von Univerſalfideicommiſſen unwirkſam wurden[52]), ſo verordnete das Pegaſianiſche Senatusconſult unter Veſpaſian, daß es dem Fiduciar erlaubt ſein ſolle, von allen Univerſalfideicommiſſen ebenſo den vierten Theil abzuziehen, als es dem Erben in Betreff der Legate durch das Falcidiſche Geſetz bereits geſtattet worden war[53]); daß ferner bei der Reſtitution eines Univerſalfideicommiſſes in Folge des Sc. der Fiduciar die Erbſchaftsklagen anſtellen und beantworten, der Fideicommiſſar dagegen die Stelle des legatarius partiarius einnehmen ſolle[54]), und endlich, daß wenn der Erbe wegen angeblicher

---

48) Caius, inst. II. §. 252. §. 3. J. 2. 23. ibique Theophilus.
49) Die Worte des Sc. ſind erhalten in L. 1. §. 2. D. 36. 1.
50) Caius, inst. II. §. 253. §. 4. J. 2. 23.
51) L. 1. §. 4. D. 36. 1. L. 27. §. 7. D. ibid. erwähnt in Beziehung auf den Fiduciar die exceptio restitutae hereditatis.
52) Caius, inst. II. §. 254.
53) Caius, inst. II. §. 254. §. 5. J. 2. 23.
54) Caius, inst. II. §. 254. §. 5. J. 2. 23. Ulpiani fragm. 25. 15. Paulli sent. recept. 4. 3. §. 1.

Inſolvenz der Erbſchaft dieſelbe anzutreten verweigert, er auf Verlangen des Fideicommiſſars in Folge des Befehles des Prätors dieſelbe antreten und nach den Grundſätzen des Trebellianiſchen Senatusconſultes reſtituiren ſolle[55]). Die übrigen Capitel des Senatusconſultes, welche den Abzug der Quart von Singularvermächtniſſen betreffen[56]) und die den Kinderloſen und Unverheiratheten hinterlaſſenen Fideicommiſſe nach den Grundſätzen der Caduken behandeln[57]), gehen uns hier überall nichts weiter an. Seit dieſem Senatusconſulte finden wir in den römiſchen Rechtsquellen bis auf Juſtinian herab zwei verſchiedene Reſtitutionsformen für die Univerſalfideicommiſſe, die ex SC. Trebelliano und die ex SC. Pegasiano[58]). Im zuerſtgenannten Falle entbehrte der Erbe alles und jeden Anſpruches auf die Quart, und, wenn er ſchon dem Namen nach Erbe blieb, ſo vertrat ihn doch der Fideicommiſſar activ und paſſiv durch die utiles actiones, in welchen er als Erbe fingirt ward[59]). Dieſe Reſtitutionsform war für ihn nothwendig, wenn er die Erbſchaft gezwungen antrat, und räthlich, wenn das Univerſalfideicommiß nicht über drei Viertheile der Erbſchaft betrug. Im zuletzt genannten Falle blieb der Fiduciar nicht nur dem Namen, ſondern auch der That nach Erbe, ſo daß er alle Erbſchaftslaſten tragen, mithin die Erbſchaft activ und paſſiv gegen die Erbſchaftsgläubiger und Erbſchaftsſchuldner vertreten mußte; der Fideicommiſſar hingegen wurde als Partiallegatar betrachtet und, wenn er gleich mit dem Vertreten der Erbſchaft nichts zu thun hatte, ſo hatte er doch ſeinen Antheil am Gewinne und Verluſte der Erbſchaft[60]), was durch die ſogenannten stipulationes partis et pro parte ermöglicht ward, welche eigentlich das Verhältniß des Erben zu dem Partiallegatar regulirten und den Zweck hatten, dieſen auf dem genannten Wege auf ſo viel verbindlich zu machen, als der Erbe auf deſſen Antheil den Erbſchaftsgläubigern zahlt, und ihm umgekehrt von den Erbſchaftsaußenſtänden ſo viel durch die Hand des Erben zuzuwenden, als auf ſeinen Fideicommißtheil kam[61]). Falls nun der Fiduciar bei dem freiwilligen Antritte der Erbſchaft von ſeinem Abzugsrechte der Quart Gebrauch zu machen nicht geſonnen war, wurden die stipulationes partis et pro parte durch die Stipulationen, welche bei dem Erbſchaftskaufe ſtattfanden, erſetzt[62]). Juſtinian, welcher dieſe beiden Reſtitutionsformen noch vorfand, verſchmolz dieſelben in einer

---

55) Caius, inst. II. §. 258. Ulpiani fragm. 25. 16. §. 6. J. 2. 23.

56) Caius, inst. II. §. 254. §. 5. J. 2. 23.

57) Caius, inst. II. §. 286.

58) Caius, inst. II. §. 255—257. Ulpiani fragm. 25. §. 14 u. 15. Paulli sent. rec. IV. 2., 3. §. 1 u. 2., §. 5. u. 6. J. 2. 23.

59) Caius, inst. II. §. 252. 253. Vgl. L. 44. §. 1. D. 36. 1.

60) Ulp. fragm. 25. 15.: commoda et incommoda hereditatis communicantur inter heredem et eum, cui reliquae partes restitutae sunt. Theophil. II. 23. §. 5. tom. I. p. 495 sq. Nur zu Mißverſtändniſſen gibt Paullus, sent. recept. IV. 3. 1. Veranlaſſung.

61) Die Formeln ſiehe bei Theoph. l. c. tom. I. p. 496.

62) Caius, inst. II. §. 257. §. 6. J. 2. 23. ibique Teoph. tom. I. p. 497.

Conſtitution, welche zwar in den Juſtinianiſchen Codex eingetragen worden iſt, aber in unſeren Handſchriften dieſes Rechtsbuches ſich nicht erhalten hat. Nach dem Auszuge derſelben, welcher in Juſtinians Inſtitutionen[63]) und deren Erklärer Theophilus ſich vorfindet, beſtand die Neuerung des Kaiſers darin, daß das Pegaſianiſche Senatusconſult ganz aufhören und die Reſtitution jedes Univerſalfideicommiſſes nur ex SC. Trebelliano geſchehen ſollte, und zwar dergeſtalt, daß der Fiduciar ſtets den vierten Theil frei haben mußte. Wollte er nichts frei haben oder trat er die Erbſchaft gezwungen an, ſo blieb es dabei, daß er in keiner Weiſe durch den Erbſchaftsantritt in Haftung und Gebühr kam. Demnach fielen alle Stipulationen zwiſchen dem Fiduciar und dem Fideicommiſſar als unnöthig hinweg und das Verhältniß beider zu einander geſtaltete ſich durch das Zuſammentreffen der civilen und prätoriſchen Erbſchaftsvertretung dem Verhältniſſe der Miterben analog, ſo daß dem Fiduciar und gegen ihn auf ſeinen Erbantheil die directen Klagen zuſtanden, während dem Fideicommiſſar in Betreff ſeines Fideicommiſſes die ausgedehnten Klagen geſtattet wurden[64]). Der Zwang zum Antritte der angeblich wegen Schulden verdächtigen Erbſchaft blieb zwar auch fernerhin fortbeſtehen, allein dieſe Verfügung iſt dem Trebellianiſchen Senatusconſult von Juſtinian zugeſchrieben worden[65]). Durch dieſe Verordnung ſind in den Pandektenfragmenten und den Codexconſtitutionen eine Reihe von Interpolationen und Weglaſſungen veranlaßt worden; der Name des Pegaſianiſchen Sc. ward überall geſtrichen, oder mit dem des Trebellianiſchen vertauſcht, und nur dieſem die Berechtigung des Erben zum Abzug der Quart und die des Fideicommiſſars zur Erzwingung des Erbſchaftsantrittes zugeſchrieben.

Daß ſich aber die von Juſtinian herbeigeführte Gleichſtellung der Legate und Fideicommiſſe auf die Univerſalfideicommiſſe beziehe, kann nach den allgemein lautenden Worten der betreffenden Conſtitutionen nicht füglich bezweifelt werden[66]). Auch deutet darauf unfehlbar der Umſtand, daß das legatum partitionis, welches nach dieſer Verordnung ganz im Univerſalfideicommiſſe aufgehen mußte, in den Juſtinianiſchen Inſtitutionen und bei Theophilus als ein antiquirtes Rechtsinſtitut behandelt wird[67]).

Nach dieſer geſchichtlichen Ueberſicht wird es möglich ſein, die Grundſätze, nach welchen Univerſalfideicommiſſe im Juſtinianiſchen Rechte beurtheilt werden müſſen, im Detail darzuſtellen. Fragen wir zunächſt nach der Zeit der Reſtitution, ſo entſcheiden hier die allgemeinen Regeln von dem Anfalle und der Ausklagung der Vermächtniſſe (ſ. den Art. Vermächtniſſe). Was ferner die Form der Reſtitution anbetrifft, ſo iſt freilich

---

63) §. 7. J. 2. 23.

64) Arg. L. 44. §. 1. D. 36. 1. Am deutlichſten iſt Theoph. l. c. §. 9. tom. I. p. 501.

65) §. 7. J. 2. 23. ibique Theoph. tom. I. p. 100.

66) Vgl. Marezoll a. a. O. Th. 9, S. 268, 269.

67) §. 5. J. 2. 23. ibique Theoph. tom. I. p. 495.

die Auslieferung der Erbſchaftsſachen an den Fideicommiſſar die natürlichſte; doch kann ſich der letztere — natürlich mit Wiſſen und Willen des Fiduciars — auch in den Beſitz der Erbſchaftsſachen ſetzen[68]). Daß auch eine einfache mündliche oder durch einen Boten mitgetheilte Reſtitutionserklärung hinreiche, iſt zwar ziemlich allgemein angenommen[69]), wird aber nicht durch die zum Beweiſe der Behauptung angezogenen Stellen der claſſiſchen Juriſten[70]) erwieſen, da dieſe nur den Uebergang der Klagen an den Fideicommiſſar mit der mündlichen Erklärung des Fiduciars in Verbindung bringen. Für ſucceſſive Fideicommiſſe iſt die Reſtitutionsform auch bei dem zweiten und dritten Fideicommiſſar die nämliche wie bei dem erſten[71]), freilich mit der Beſchränkung, daß, wenn der zweite Fideicommiſſar identiſch iſt mit dem Fiduciar, es nicht der utiles actiones bei der Reſtitution bedarf, da ja für dieſen überall ſchon die directen Klagen ausreichen[72]). Die Natur der Reſtitution charakteriſirt ſich nicht als Solution, ſondern als Succeſſion[73]), da ja auch die Schulden, welche auf dem Fideicommißtheile der Erbſchaft haften, zugleich mit auf den Fideicommiſſar übertragen werden. Specielle Regeln über die Reſtitution ſind folgende: a) ſie muß vollſtändig geſchehen, d. h. der Fiduciar muß alles abliefern, was er hereditatis nomine empfangen hat[74]). Hat der Fiduciar eigne Gläubiger mit Erbſchaftsgeldern abgefunden, ſo muß er aus eignen Mitteln eine gleiche Summe erſetzen[75]). Hat er zur Erbſchaft gehörige Sachen verkauft oder vertauſcht, ſo muß er, was er dagegen empfangen, abliefern[76]). Auch iſt der Fiduciar verpflichtet, dem Fideicommiſſar jeden durch ſeine Schuld verurſachten Schaden zu erſetzen[77]) (eine Ausnahme gilt in Rückſicht der rückſtändigen Zinſen, an deren Eintreibung ſich der Fiduciar verſäumt hat; dieſe gehen mit der Reſtitution ſofort auf den Fideicommiſſar über[78])), und dieſe Schuld wird beurtheilt nach dem Grade von Fleiß, welchen der Fiduciar bei ſeinen eigenen Sachen anwendet. In Abzug kommen von der zu reſtituirenden Maſſe alle Früchte und Nutzungen, welche der Erbe vom Antritte der Erbſchaft an bis zum Zeitpunkte der Reſtitution aus der Erbſchaft gezogen hat[79]), außer wenn der Fiduciar im Verzuge ſich

---

68) L. 37. pr. D. 36. 1.
69) So noch Roßhirt, die Lehre von den Vermächtniſſen Th. 1, S. 166.
70) L. 37. pr. D. 36. 1. L. 63. pr. D. ibid. Zur Erklärung dieſer Stellen vgl. Marezoll a. a. O. Th. 9, S. 119—123.
71) L. 1. §. 8. D. 36. 1.
72) L. 70. pr. D. 36. 1.
73) L. 38. D. 36. 1.
74) L. 17. pr. L. 18. §. 3. L. 78. §. 12—16. D. 36. 1. L. 18. §. 2. D. ibid. L. 59. §. 1. D. ibid.
75) L. 72. D. de leg. II. (31.)
76) L. 70. §. 3. L. 71. D. 31.
77) L. 70. §. 1. L. 22. §. 3. D. ibid.
78) L. 58. §. 2. D. 36. 1. L. 44. §. 1. D. ibid. Vgl. Roßhirt, die Lehre von den Vermächtniſſen Th. 1, S. 177—179.
79) L. 44. §. 1. L. 18. pr. §. 2. L. 27. §. 1. D. 36. 1. L. 22. §. 2. D. 36. 1.

befindet[80]); ferner kommt in Abzug alles, was der Fiduciar nach dem ausgeſprochenen Willen des Erblaſſers behalten ſoll, alſo nicht allein Sachen, welche dieſer ihm vorbehalten hat[81]), ſondern auch die ihm ausgeſetzten Legate und Fideicommiſſe[82]); auch wird abgerechnet alles, was er aus den Gütern des Erblaſſers vertragsweiſe empfangen hat[83]); alles, was er von dritten Perſonen der Erfüllung einer Bedingung halber oder vom Fideicommiſſar erhält[84]), und alle zum Beſten der Erbſchaft aufgewendeten Unkoſten[85]); endlich auch das Recht auf das Erbbegräbniß verbleibt dem Fiduciar ungeſchmälert[86]). b) Die Reſtitution muß ganz nach dem Willen des Erblaſſers geſchehen. Daher auch die dem Fiduciar ausgeſetzten Legate und die von ihm nach dem Antritte der Erbſchaft aus ihr gezogenen Früchte zu reſtituiren ſind, wenn dieß der Erblaſſer ausdrücklich verordnet[87]); ferner die Reſtitution nichtig iſt, wenn ſie vor dem Eintritte der vom Erblaſſer hinzugefügten Suspenſivbedingung geſchieht[88]). c) Der Abzug der Quart vom Univerſalfideicommiſſe geſchieht nach denſelben Regeln, welche von dem Abzuge der Falcidiſchen Quart bei Legaten gelten. Dieß ergibt ſich ſchon daraus, daß dieſe (Trebellianiſche) Quart urſprünglich weiter nichts iſt, als eine Ausdehnung der Falcidiſchen auf Univerſalfideicommiſſe[89]). Auch würde man ſchwerlich jemals eine abweichende Meinung aufgeſtellt haben, wenn nicht L. 91. D. ad legem Falcidiam (35. 2.) hier Schwierigkeiten machte, welche einen Unterſchied beider Quarten darin zu ſetzen ſcheint, daß bei der (Trebellianiſchen) Quart der Fiduciar manches ſich in dieſelbe einrechnen laſſen müſſe, was dem Erben bei der Falcidiſchen nicht imputirt wird[90]). Ja man hat in Bezug auf dieſe Stelle ſogar die Meinung aufgeſtellt, daß im zuerſtgenannten Falle alles, was der Erbe titulo singulari aus der Erbſchaft empfängt, in Anrechnung komme, was im zuletztgenannten nicht vorkommt. Nimmt man indeß aus der angezogenen Stelle die Worte heraus, welche auch die florentiniſche Pandektenhandſchrift nicht in den Text einfügt und ſchon durch ihre ganze Faſſung verdächtig erſcheinen müſſen, ſo ſcheint ſie in der That nichts zu enthalten, was auf eine Verſchiedenheit beider Quarten deutete. Man verbinde nur die Worte extra quartam id est mit dem Cauſalſatze quod a coherede accipitur, und verſtehe den gleich vorhergehenden Satz von dem Univerſalerben, welcher mit Ausantwortung des Fideicommiſſes belaſtet iſt, deſſen Legate

---

80) L. 44. §. 1. L. 18. pr. L. 27. §. 1. D. 36. 1.
81) L. 72. D. 36. 1. L. 78. §. 13. D. ibid.
82) L. 96. D. de leg. III. (32.) L. 18. §. 3. D. 36. 1.
83) L. 69. §. 1. D. 36. 1. L. 68. D. de legatis II. (31.)
84) L. 44. §. 4. D. de conditionibus et demonstrationibus. (35. 1.) L. 44. §. 7. D. de conditionibus et demonstrat. (35. 1.)
85) L. 19. §. 2. D. 36. 1.
86) L. 42. §. 1. D. 36. 1.
87) L. 3. §. 4. L. 18. pr. L. 32. D. ibidem.
88) L. 9. §. 3. D. 36. 1.
89) Caius, inst. II. §. 254.
90) Vgl. die Exegeſe dieſer Stelle bei Roßhirt a. a. O. Th. 1, S. 188—201.

und Fideicommiſſe aber dadurch an Wirkung verlieren, weil er keinen Miterben hat. Dann ſagt die Stelle nur ſo viel, daß dergleichen Vermächtniſſe, inſoweit ſie ihm durch die Hand eines Miterben zukommen, auch nicht in die Quart eingerechnet werden (ganz wie dieß bei den Legaten der Fall iſt); inſoweit ſie aber durch das Nichtvorhandenſein eines damit nicht onerirten Miterben ungiltig werden, wenigſtens nach dem erweislichen Willen des Erblaſſers als Theile der Quart angeſehen werden ſollen. Dieſe Erklärung wird auch dadurch nicht wenig unterſtützt, daß nach anderen Stellen der Juſtinianiſchen Rechtsbücher wenigſtens von Prälegaten (die doch hier beſonders hervorgehoben werden) ausdrücklich bezeugt wird, daß ſie nicht in die (Trebellianiſche) Quart eingerechnet werden[91]). Eine Ausnahme erleiden dieſe Grundſätze 1) in Bezug auf alles, was der Erbe an baarem Gelde für die Reſtitution des Fideicommiſſes empfängt, da dieß ihm nach einer ausdrücklichen Vorſchrift des Antoninus Pius in die Quart eingerechnet werden ſoll[92]). 2) Im Falle der Erbeinſetzung von Kindern, welche, wenn ſie kinderlos verſterben, die Erbſchaft als Fideicommiß an die überlebenden Geſchwiſter oder weiteren Deſcendenten des Erblaſſers zu reſtituiren haben. Hier kommen nämlich die Früchte der Erbſchaft nicht bei der Berechnung der Quart in Betracht nach einer Verordnung des Kaiſers Zeno[93]), wenn ſchon dieſelben ſonſt immer einzurechnen ſind, inſoweit ſie nach dem Willen des Erblaſſers dem Erben gehören[94]). — Der Abzug der Quart findet bei ſucceſſiven Univerſalfideicommiſſen nur in der erſten Reſtitution ſtatt[95]), nicht aber in den folgenden. Daher der zweite Reſtituent, wenn der Fiduciar von der Quart keinen Gebrauch macht, gewöhnlich ſie auch dem zweiten Fideicommiſſar nicht abziehen darf, außer wenn er nachweiſen kann, daß ſie ihm vom Fiduciar geſchenkt worden ſei[96]), oder der zweite Fideicommiſſar mit dem Fiduciar identiſch iſt[97]). Zum Zwecke des Abzuges der Quart ſteht dem Fiduciar zwar keine beſondere Klage zu; daher eine Nachforderung derſelben, wenn das Fideicommiß vollſtändig ausgezahlt worden, in der Regel unzuläſſig iſt, außer wenn der Irrthum des Fiduciars zum Behufe der condictio indebiti nachgewieſen werden kann[98]). Doch bleibt es immerhin dem Fiduciar vorbehalten, den Beſitz der Erbſchaftsſachen zu beanſpruchen oder gegen die Klagen des Fideicommiſſars die doli mali exceptio zu brauchen oder auch den Erbſchaftsſchuldnern zu denunciren[99]). — Die Wirkungen der Reſtitution reguliren ſich nach den Grundſätzen des Trebellianiſchen Sc., welches von ihr den Klagenübergang

91) L. 86. D. 35. 2. L. 24. C. familiae herciscundae. (3. 36.)
92) L. 91. D. 35. 2. L. 63. §. 5. D. 36. 1. L. 58. §. 3. D. ibid. L. 93. D. 35. 2.
93) L. 6. pr. C. ad SC. Trebellianum. (6. 49.)
94) L. 18. §. 1. L. 22. §. 2. L. 58. §. 5. D. ibid.
95) L. 27. §. 8. L. 22. §. 5. D. 36. 1.
96) L. 1. §. 19. L. 55. §. 2. D. 36. 1.
97) L. 55. §. 3. D. 36. 1.
98) L. 68. §. 1. D. 36. 1. L. 21. D. ibid.
99) L. 21. D. ibid.

an den Fideicommiſſar abhängig machte. Dieſe Translation iſt in ihrer Wirkung dauernd[100]), und bewirkt für den Fiduciar ein völliges Freiwerden von aller und jeder Verbindlichkeit, ſich auf die Erbſchaftsklagen einzulaſſen[101]), ausgenommen wenn die gegen ihn angeſtellte Klage eine temporäre iſt, ihre Verjährung zu befürchten ſteht und der Fideicommiſſar abweſend iſt[102]). Uebrigens erſtreckt ſich die Translation nur auf ſolche Klagen, welche unmittelbar aus der Erbſchaft entſtehen[103]). Daher verbleiben dem Fiduciar immer noch ſolche Klagen, welche in einem Delicte, was an Erbſchaftsſachen verübt worden iſt, ihren Grund haben[104]), ferner ſolche, welche aus den dem Fiduciar beſtellten Pfandrechten entſtehen[105]), die operarum actio[106]), und alle bereits durch Litisconteſtation anhängig gemachten Prozeſſe[107]). Die weiteren Folgen der Reſtitution hängen einfach mit dieſem Klagenübergange zuſammen. Demnach wird der Fideicommiſſar verpflichtet, die auf ſeinem Theile ruhenden Vermächtniſſe auszuzahlen[108]), die Erbſchaftsſchulden verhältnißmäßig zu tragen und die Zinſen von Capitalien, welche nach dem Antritte der Erbſchaft, aber vor der Reſtitution fällig geworden und vom Fiduciar nicht bezahlt worden ſind, abzuführen[109]), während ihm umgekehrt die Befugniß zuſteht, Zinſen, welche der Fiduciar in der Zwiſchenzeit nicht eingefordert hat, einzuklagen. Dem Fiduciar werden aber auch alle Rechte, welche durch den Erbſchaftsantritt für ihn verloren gegangen ſind, bei der Reſtitution redintegrirt. Namentlich gilt dieß von Forderungen des Fiduciars an den Erblaſſer, deren Betrag entweder bei der Reſtitution in Abzug kommt oder, wenn dieß nicht geſchieht, vom Fideicommiſſar nachverlangt werden kann[110]); vom Pfandrechte, welches auch nach der Reſtitution ipso iure fortbeſteht mit Hilfe der Fiction einer naturalis obligatio[110a]); endlich auch von den Prädialſervituten, von welchen angenommen wird, daß ſie durch die Confuſion gar nicht aufgehoben worden ſind[111]). Umgekehrt werden auch die Forderungsrechte des Erblaſſers an den Fiduciar, welche durch den Antritt der Erbſchaft erlöſchen, bei der Reſtitution inſoweit wiederhergeſtellt, als der Fideicommiſſar daran betheiligt iſt[112]), und von den dem Erblaſſer an den Grundſtücken des Erben zuſtehenden

---

100) L. 63. §. 2. D. ibid. L. 55. §. 5. D. ibid.
101) L. 27. §. 7. D. 36. 1.
102) L. 49. pr. D. 36. 1.
103) L. 66. §. 2. D. 36. 1.
104) L. 66. §. 2. D. 36. 1.
105) L. 73. pr. D. ibid. Anders iſt es bei dem Conſtitutum und der Fidejuſſio L. 21. pr. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 22. D. de pecun. constit. (13. 5.)
106) L. 55. pr. D. 36. 1.
107) L. 78. §. 15. L. 63. §. 2. D. 36. 1. L. 55. §. 5. D. ibid.
108) L. 2. C. 6. 49.
109) L. 58. §. 2. D. 36. 1.
110) L. 80. D. 36. 1. sed fideicommissi repetitio est.
110a) L. 59. pr. D. 36. 1.
111) L. 73. §. 1. D. 36. 1.
112) L. 58. pr. D. 36. 1.

Prädialſervituten wird behauptet, daß ſie durch die Erbſchaftserwerbung gar nicht untergehen[113]).

Beſondere Vorſchriften finden ſich in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen für den Fall, wenn der Erbe wegen angeblicher Inſolvenz der Erbſchaft ſich weigert, die Erbſchaft anzutreten und dadurch dem Fideicommiſſe die Gefahr des Unterganges droht. Dann kann der Erbe zur Erwerbung der Erbſchaft gezwungen werden. Die Form, in welcher dieſer Zwang ausgebracht wird, iſt ein einfacher Antrag[114]) bei dem Magiſtratus, welcher das Imperium hat[115]), und dieſer erläßt auf dieſen Antrag das Zwangsdecret an den Fiduciar[116]). Gehorcht der Fiduciar nicht, ſo bedarf es nach neuerem Rechte keiner weiteren Zwangsmittel, denn es wird angenommen, daß die Erbſchaft angetreten worden nach einer Conſtitution Juſtinians, welche dieſe Fiction auch dann eintreten läßt, wenn der Fiduciar erblos verſtirbt oder ein bereits reſtituirtes Fideicommiß einem Dritten zu reſtituiren iſt[117]). Die Bedingungen, unter welchen dieſer Zwang eintritt, ſind: 1) daß ein Univerſalfideicommiß überhaupt vorliege. Bei Einzelſachen iſt der Zwang ausgeſchloſſen[118]). 2) Daß es die Erbſchaft des Erblaſſers ſelbſt, nicht die eines Dritten betreffe. Daher der Zwang bei dem fideicommissum alienae hereditatis ausgeſchloſſen bleibt[119]). 3) Daß der Fiduciar erkläre, daß es ihm unvortheilhaft zu ſein ſcheine, ſich mit der Erbſchaft zu befaſſen[120]). 4) Daß der, welcher den Zwangsantrag ſtellt, erklärt, daß die Erwerbung der Erbſchaft auf ſeine Gefahr vor ſich gehen ſolle[121]). 5) Daß derſelbe dem Fiduciar für alles, was dieſer durch die Erwerbung der Erbſchaft verliert, Entſchädigung leiſte oder wenigſtens anbiete[122]). Der Zwang ſelbſt tritt in verſchiedenen Formen ein; bei den voluntarii heredes unter der Form der Adition, bei den sui et accessorii unter der der Immixtion[123]), gegen den Fiscus, welchem die Güter als Vacantia deferirt werden, unter der Form der Vindication[124]). Iſt die Erbeinſetzung des Fiduciars von

---

113) L. 73. §. 1. D. 36. 1.

114) L. 22. §. 1. L. 16. §. 11 u. 13. L. 63. §. 13. L. 64. §. 1. D. 36. 1.

115) L. 13. §. 4. D. 36. 1. Der Prätor wird genannt in L. 27. §. 13. L. 52. §. 1. D. 36. 1. Auf Befehl des Präſes kann der Zwang auch von der Municipalobrigkeit ausgebracht werden. Paull. sent. rec. IV. 4. §. 2.

116) L. 67. pr. D. 36. 1.

117) L. 7. §. 1. C. 6. 49.

118) L. 14. §. 6. L. 16. §. 1—3. D. 36. 1. L. 17. D. si quis omissa caussa. (29. 4.) Bei dem Soldatenteſtamente iſt es anders. L. 16. §. 6. D. 36. 1.

119) L. 27. §. 9 u. 10. D. 36. 1. L. 16. §. 6. D. ibid.

120) L. 9. §. 2. D. 36. 1.

121) L. 16. §. 7. L. 71. D. 36. 1.

122) L. 11. pr. L. 27. §. 15. D. ibid.

123) L. 6. §. 2. L. 27. §. 3. D. 36. 1.

124) L. 6. §. 3. D. 36. 1.

einer Suspenſivbedingung abhängig, deren Erfüllung von der Willkür des Fiduciars abhängt, ſo wird der prätoriſche Zwang auch auf die Erfüllung dieſer erſtreckt, falls ſie leicht auszuführen iſt, auch ſonſt keine Turpitudo enthält[125]; doch muß der Antragſteller jedenfalls die zur Erfüllung nöthigen Koſten dem Fiduciar vorher offeriren[126]). Sonſt tritt der Zwang auch während der erbetenen Bedenkzeit ein, doch mit Vorbehalt der Rechte, die von der freiwilligen Erwerbung der Erbſchaft abhängen[127]). Sind mehrere Fiduciare vorhanden, ſo kann er auch ſchon gegen den Einen ausgebracht werden[128]). Die beſonderen Wirkungen der erzwungenen Reſtitution erklären ſich alle aus dem oberſten Grundſatze, daß dem Fiduciar, welcher gezwungener Maßen die Erbſchaft erwirbt, aus dieſer Handlung eben ſo wenig ein Vortheil als ein Nachtheil erwachſen ſolle[129]). Folgen dieſes Grundſatzes ſind es 1) daß der Fiduciar ſeinen Anſpruch auf die Quart verliert[130]), ferner die Prälegate[131]), die Subſtitution[132]) und alles, was in der Perſon des Fideicommiſſars Ereptorium wird[133]). Ausgenommen iſt, was der Fiduciar von einem Singularfideicommiſſar der Erfüllung einer Bedingung halber erhält[134]), ferner die von der Zeit des Erbantrittes bis zur Reſtitution aus der Erbſchaft gezogenen Früchte[135]). 2) Daß der Fiduciar, der nur theilweiſe oder Mehreren die Erbſchaft zu reſtituiren hat, die ganze Erbſchaft zu Gunſten des Zwingenden verliert[136]). 3) Daß die Verpflichtung, die Legate und Fideicommiſſe auszuzahlen, auf den Fideicommiſſar übergeht, dem es indeß vorbehalten bleibt, davon die Quart abzuziehen[137]).

Heimbach.

Findling. Betrachtet man die Frage, wie ſich das Rechtsgeſetz über den Findling, gewöhnlich ein ausgeſetztes Kind[1]), ausſpricht, ſo beſchränkt ſich die Juſtinianiſche Geſetzgebung[2]) auf die Beſtimmung, daß

---

125) L. 63. §. 7. L. 64. §. 1. L. 31. §. 2. D. 36. 1.
126) L. 7. D. 36. 1. L. 31. §. 2. L. 63. §. 7 u. 8. D. ibid.
127) L. 30. pr. L. 71. D. ibid.
128) L. 16. §. 7. D. ibid. L. 11. §. 1. D. ibid.
129) L. 30. D. 36. 1. L. 14. §. 4. L. 27. §. 2., 14 u. 15. L. 55. §. 3. ibid.
130) L. 14. §. 4. L. 64. §. 3. L. 16. §. 9. D. ibid.
131) L. 27. §. 14 u. 15. L. 55. §. 3. D. 36. 1.
132) L. 27. §. 2. D. 36. 1.
133) L. 67. §. 3. D. 36. 1.
134) L. 44. §. 4 u. 5. D. de condit. et demonstrat. (35. 1.) L. 34. D. de condictione indebiti. (12. 6.)
135) L. 27. §. 1. D. ibid.
136) L. 16. §. 4 u. 10. D. 36. 1. L. 1. §. 9. D. ibid. L. 28. D. ibid.
137) L. 3. pr. u. §. 1. D. 36. 1. L. 63. §. 11. D. ibid.

1) Auch eine erwachſene Perſon kann Findling ſein, z. B. ein Taubſtummer, der keine Auskunft zu ertheilen vermag. Wir haben ſolche Beiſpiele aus neueſter Zeit.

2) Vgl. im Allg. Bynkershoek, Opuscula. Tom. II. Hal. 1729.: III. De iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud veteres Romanos, p. 105—175.

er als legitim anzuſehen ſei[3]). L. 3. Cod. de infant. expos. (8. 52.) Die wichtigſte Frage betrifft die Verbindlichkeit zur Erhaltung und Verpflegung des Findlings. So wie man annimmt, daß die Staatsgeſellſchaft überhaupt die Verbindlichkeit hat, für die Erhaltung und Pflege derer zu ſorgen, welche außer Stand ſind, ſich ſelbſt zu erhalten, auch in keinem anerkannten Verhältniſſe zu ſolchen ſtehen, welche zu Alimentirung verbunden ſind (ſ. den erſten Band dieſes Lexikons Art. Alimentationspflicht oder Alimentationsverbindlichkeit S. 186—190), ſo hat ſie auch die Verbindlichkeit, dieſe Sorge dem Findling zuzuwenden[4]). Beſitzt der Staat Findelhäuſer[5]), ſo verſorgt er ſie in denſelben. Sonſt pflegen die Waiſenhäuſer dazu zu dienen. So heißt es z. B. in einer von dem Markgrafen Carl Friedrich von Baden-Durlach erlaſſenen, S. 57 flg. der Gerſtlacher'ſchen Sammlung der Baden-Durlach'ſchen Verordnungen, Bd. 2, Frankf. 1774, abgedruckten Verordnung: Hat ſich Zweifel erhoben, ob auch die Findlinge der Wohlthat des Waiſenhauſes ſich zu getröſten haben, als welche, da man von dem Bürgerrechte ihres Vaters natürlicher Weiſe nichts wiſſen kann, bis anhero den Gemeinden, allwo ſie gefunden worden, zur Laſt geblieben ſind. Nachdem aber dergleichen Kinder, da ſie von ihren eigenen Eltern ſo böslich verlaſſen worden, ein menſchliches und chriſtliches Erbarmen am meiſten verdienen — laſſen wir den von Unſerer Waiſenhauscommiſſion gemachten Antrag hiermit Uns gefallen, daß alle dergleichen Kinder, ſobald von Unſern Oberämtern beſcheinigt iſt, daß ſie Findlinge ſind, in Unſer Waiſenhaus aufgenommen, auch den Städten und Dorfgemeinden deßfalls einiger Beitrag nicht abgefordert werden ſolle. In einigen Staaten werden die Findlinge auf öffentliche Koſten Privaten zur Pflege überlaſſen. So ſchreibt z. B. (ſ. Bopp, der heſſiſche Rechtsfreund [Darmſt. 1837], S. 292, 293, s. v. Findlinge) eine Verordnung vom Jahre 1818 für die beiden älteren Provinzen des Großherzogthums Heſſen vor: daß die Findlinge ſo lange, bis ſie ſich ſelbſt zu ernähren im Stande ſind, von der Polizei- und Armenbehörde des Ortes, wo das ausgeſetzte Kind gefunden worden, rechtlichen Leuten gegen ein beſtimmtes jährliches Koſtgeld in Koſt und Verpflegung gegeben und

---

3) Kress, commentatio in C. C. C. (Hann. 1760.) p. 428. (ad art. 132.) Leyser, medit. ad Pand. Vol. 9. Sp. 613.: De expositione infantium. Medit. 9. Dag. J. H. Boehmer, ius eccles. prot. Lib. 5. Tit. 2. §. 11.

4) Leyser l. c. Medit. 6 und Vol. 5. Spec. 324.: De alimentis publicis. Med. 3. Koch, institutiones iuris criminalis. Edit. 6. (Jenae 1783.) §. 479. Einert, dissert. de onere alendi infantes expositos. Lips. 1778. Strube, rechtliche Bedenken Th. 1, Bed. 171, §. 2. Heinzius, de eo, quod iustum est circa expositionem infantium p. 40. 41.

5) Frank, Syſtem einer vollſtändigen mediciniſchen Polizei Bd. 5 (1791), S. 348 flg.: Von Findlings- und Waiſenhäuſern. §. 5: Wer ſich derſelben (der Findlinge) anzunehmen habe (S. 391—395). Weber, ſyſtematiſches Handbuch der Staatswirthſchaft Bd. 1, Abth. 1 (Berl. 1804), §. 55: Von Fürſorge der Polizei für Aufnahme der elternloſen und ausgeſetzten Kinder in Findel- und Waiſenhäuſern.

dieſes Koſtgeld aus der Oberpolizeicaſſe der Provinz beſtritten werden ſolle. (In der Provinz Rheinheſſen beſtehen beſondere Anſtalten für Findelkinder, in welchen dieſe bis zum ſiebenten Jahre verpflegt werden; alsdann werden ſie bei Privaten in Penſion gegeben. Ueber Hannover ſ. Strube a. a. O., über Sachſen Berger, oeconomia iuris edit. 7. (Lips. 1771.) Lib. 1. Tit. 2. §. 16., über Oeſterreich Frank a. a. O. S. 393.)

Nach dem Art. 58 des franzöſiſchen, alſo auch in einem Theile von Teutſchland herrſchenden, Civilgeſetzbuches iſt jeder, der ein neugebornes Kind findet, verbunden, es nebſt den bei ihm gefundenen Kleidungsſtücken und anderen Effecten dem Civilſtandsbeamten zu überliefern und alle Umſtände der Zeit und des Ortes, wo es gefunden worden iſt, anzugeben. Hierüber iſt ein ausführliches Protocoll aufzunehmen, welches außerdem das anſcheinende Alter des Kindes, ſein Geſchlecht, die Namen, die man ihm geben, und die Civilbehörde, welcher man es überliefern will, enthalten ſoll. Das Protocoll iſt in die Regiſter einzutragen[6]. Das franzöſiſche Strafgeſetzbuch aber bedroht (Art. 347) den mit Strafe, der ein aufgefundenes Kind nicht in Gemäßheit jenes Art. 58 des Civilgeſetzbuches überliefert. Dieß gilt aber nicht von denen, welche das Kind in Pflege genommen und dieß bei dem Vorſtande des Ortes, wo das Kind gefunden wurde, erklärt haben[7]. Bopp.

Fiscus[1]. Urſprünglich hieß fiscus ein Korb, und da die Römer Körbe gebrauchten, um größere Geldſummen aufzubewahren und zu transportiren, ſo wurde der Name zeitig auf jede Caſſe übertragen, und ſo hieß auch des Kaiſers Caſſe Caesaris fiscus, oder *κατ' ἐξοχὴν* fiscus, weil von dieſer öfters, als von jeder anderen die Rede war. Die Exiſtenz einer ſolchen kaiſerlichen Caſſe neben dem Aerarium, welche die Volkscaſſe bezeichnete, und dem erſt von Auguſt eingerichteten aerarium militare läßt ſich ſchon für die Anfänge der Kaiſerzeit beſtimmt nachweiſen[2],

---

6) Grolman, ausführliches Handbuch über den Code Napoleon Bd. 1 (Gieß. 1810), S. 331—333.

7) Napoleons peinliches und Polizeiſtrafgeſetzbuch. Nach der Originalausgabe überſetzt, mit einer Einleitung und Bemerkungen u. ſ. w. von Dr. T. Hartleben (Frankf. 1811), S. 112, 113.

1) Literatur: M. Antonii Peregrini, de iuribus et privilegiis fisci libri VII. Jacobus Gothofredus, in comm. ad tit. Th. C. de iure fisci (10. 1.), de bonis vacantibus (10. 8.), de incorporatione (10. 9.), de fisci debitoribus (10. 16.), de fide et iure hastae (10. 17.), ed. Ritter, tom. III. p. 476 et sq. Jo. Fr. Kaempfe, de vera causa praerogativae hypothecae fisci in bonis a debitore post contractum adquisitis ad L. 28. D. de iure fisci (pr. Schott.) Lips. 1772. 4. Hurlebusch, de privilegio fisci in bonis eorum, quibuscum contraxit. Brunsvic. 1779. 4. Klenze, über die geſetzlichen Vorzüge fiscaliſcher Forderungen nach römiſchem Rechte in der Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft Bd. 8, Nr. 13, S .379—407.

2) Diocass. LIII. 16. *λόγῳ μὲν γὰρ τὰ δημόσια ἀπὸ τῶν ἐκείνου (καίσαρος) ἀπεκέκριτο* für die Zeiten Auguſts. Vgl. LV. 25.

der Name fiscus in der oben angegebenen Bedeutung findet ſich aber zuerſt bei Schriftſtellern, welche das Leben des Tiberius beſchreiben[3]). Zu Traians Zeiten hatte ſich der Sprachgebrauch bereits entſchieden feſtgeſtellt[4]), und der Gegenſatz zwiſchen der Volkscaſſe und der kaiſerlichen tritt noch unter den folgenden Kaiſern bis auf die Zeiten des Caracalla[5]) herab hervor. Schon früh mag es indeß vorgekommen ſein, daß ſich der Kaiſer, in deſſen Perſon ſich alle Gewalt concentrirte, auch Dispoſitionen über die Volkscaſſe erlaubte[6]), und da dieß in der Folgezeit das Gewöhnlichere ward, ſo gewöhnte man ſich allmälig daran, das in des Kaiſers Händen concentrirte Staatsvermögen fiscus zu nennen, und dieſer Sprachgebrauch iſt für die ſpätere Kaiſerzeit der herrſchende geworden. Daher in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern beide Ausdrücke aerarium und fiscus zur Bezeichnung derſelben Sache gebraucht werden[7]). Wahrſcheinlich haben die Pandektencompilatoren dieſen Umſtand benutzt, um die Fragmente älterer Juriſten, welche in jene Rechtsſammlung eingetragen worden ſind, theilweiſe umzugeſtalten, wenigſtens deutet darauf die Art und Weiſe, wie das dem Populus zuſtehende Recht der Cadukenvindication in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern behandelt worden iſt[8]). — Die Einkünfte des Fiscus beſtanden im Anfange der Kaiſerregierung hauptſächlich in dem, was von den Einkünften der kaiſerlichen Provinzen nach Abzug der Beſoldungen und der Militärkoſten übrig blieb[9]), in den Strafgebühren wegen Zolldefraudationen[10]), in den dem Princeps von Privaten hinterlaſſenen Erbſchaften[11]), in erb- und herrenloſen Gütern[12]), in den Gütern verurtheilter Verbrecher, welche vom Princeps zu dieſem Zwecke ausdrücklich angewieſen wurden[13]), und in den großen Geldſummen, welche demſelben bei freudigen Gelegenheiten von den Städten Italiens und den Provinzen als üblich gewordene Ehrengeſchenke dargebracht werden mußten. Im Laufe der Zeiten traten dazu noch andere Einnahmen, welche urſprünglich für die Volkscaſſe beſtimmt waren,

---

3) Tac. Annal. II. 47. quantum aerario aut fisco pendebant; VI. 2. bona Seiani ablata aerario ut in fiscum cogerentur.

4) Plin. Panegyr. cap. 41. 42.

5) Für die Zeiten Hadrians iſt beweiſend Spart. Hadr. cap. 7., für die des Marcus Antoninus Diocass. LXXI. c. 32., für die des Caracalla Paull. sent. recept. V. 12.

6) Vgl. Diocass. LIII. 16. 22.

7) L. 13. pr. §. 1—4. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 15. §. 5. D. ibid. L. 1. §. 8. D. de lege Corn. de falsis. (48. 10.) L. 3. C. de quadr. praescriptione. (7. 37.) §. 14. J. de usucapionibus. (2. 6.)

8) Daher die Erwähnung des Fiscus in L. 20. §. 6. D. de petit. hered. (5. 3.) Vgl. Heineccius, comm. ad legem Juliam et Papiam Poppaeam lib. III. cap. 5. p. 401 u. 402.

9) Diocass. LIII. 15. Strabo Geogr. XVII. tom. III. p. 432. ed. Tauchn.

10) Joseph. Antiqu. Jud. XIX. 1. 5., fr. de iure fisci §. 18. L. 16. §. 10. D. de publicanis et vectigalibus. (39. 4.)

11) L. 1. §. 2 u. L. 2. D. de officio procurat. (1. 19.)

12) Tac. Annal. II. 48. Strabo Geogr. XVII. tom. III. p. 432.

13) Tac. Ann. VI. 2., Hist. I. 90., Plin. Panegyr. 42.

z. B. die Caduken ſeit Caracalla's Conſtitution[14]). Als nun in ſpäteren Zeiten der Unterſchied zwiſchen der Volkscaſſe und der kaiſerlichen verſchwand, gewöhnte man ſich daran, dem Fiscus alle ordentlichen und außerordentlichen Staatseinnahmen zuzulegen, wozu nach dem claſſiſchen Pandektenrechte auch alle an den Staat zu entrichtenden Strafgelder[15]), die Güter der verurtheilten oder während der Unterſuchung verſtorbenen Capitalverbrecher[16]) und der Geißeln gerechnet werden[17]). So konnte es denn nicht fehlen, daß in den Zeiten der chriſtlichen Kaiſer der Fiscus faſt unermeßliche Einkünfte und Beſitzungen hatte, zu deren Berechnung und Bewirthſchaftung eine große Menge Perſonal nothwendig ward[18]).

Die Verwaltung der fiscaliſchen Angelegenheiten ſtand ſeit dem Anfange der Kaiſerzeit unmittelbar unter dem Kaiſer, gleich als wäre dieſelbe ein Theil ſeines Hausweſens geweſen; das Materielle derſelben lag in den Händen der ſogenannten procuratores Caesaris, auch procuratores kurzweg genannt. Zunächſt wurden dieſelben nur zur Beitreibung und Verrechnung der kaiſerlichen Steuern in die Provinzen geſchickt[19]), und der Kaiſer wählte ſie nach Gutdünken theils aus dem Ritterſtande, theils aus den eigenen Freigelaſſenen[20]). Magiſtratsrang hatten ſie nicht, doch erhielten ſie bei ihrem Abgange in die Provinzen gleich den Magiſtraten vom Kaiſer beſondere Vorſchriften (mandata), nach welchen ſie ihr Amt zu verwalten hatten. Zuweilen wurden ganze Provinzen durch Procuratoren, welche die Vollmacht der Statthalter hatten, regiert, beſonders die kleineren oder die, welche einen entlegenen Theil einer größeren bildeten[21]). Wenn man von dieſem Ausnahmsfalle abſieht, ſo ſcheint mit Sicherheit behauptet zu werden, daß die Procuratoren von Anfange an des Rechtes der Jurisdiction und der Judication ermangelt haben. Erſt ſeit Claudius ward mit dem Amte auch eine Jurisdiction in Fiscalſachen, welche früher von der gewöhnlichen Obrigkeit abgemacht wurden[22]), verbunden[23]), und zur Zeit der claſſiſchen Juriſten war es dahin gekommen, daß man den befreiten Gerichtsſtand des Fiscus nicht mehr bezweifelte[24]), wahrſcheinlich nach Analogie der Aerarialſachen, welche in Rom

---

14) Ulp. fragm. 17. 2.
15) L. 1. pr. D. 49. 14.
16) L. 1. pr. D. 49. 14.
17) L. 31 u. 32. D. 49. 14.
18) Vgl. Jacob. Gothofr. parat. ad Th. C. X. 1. ed. Ritter. tom. III. p. 406.
19) Diocass. Hist. LIII. 15., LVII. 23.
20) Diocass. l. c. Tac. Agricola 4.
21) Tac. Hist. I. 11. Darauf deutet auch L. 23. §. 1. D. de appell. (49. 1.) L. 1. C. de pedaneis iudicibus. (3. 3.) L. 3. C. ubi causae fiscales. (3. 26.)
22) Diocass. LVII. 23.
23) Suet. Claud. cap. 12. Tac. Annal. XII. 60.
24) L. 9. pr. D. de off. procons. (1. 16.) L. 8. §. 19. D. de transact. (2. 15.) L. 21. D. de auct. et cons. (26. 8.) L. 2. §. 4. D. ne quid in loco publico. (43. 8.) L. 2. C. si adversus fiscum. (2. 37) L. 1. C. de iurisdictione omnium iudicum. (3. 13.) C. 1—5. C. ubi causae fiscales. (3. 26.)

von den praefecti aerario unterſucht und entſchieden wurden[25]). Dieſe Jurisdiction der Procuratoren war indeß folgenden Beſchränkungen unterworfen: zunächſt durften ſie nicht über Verbrechen erkennen, ſondern dieſe gehörten vor die ordentliche Obrigkeit[26]), daher denn, wenn ein Anſpruch des Fiscus an einem Verbrechen geltend gemacht werden ſollte, das Verbrechen erſt von der ordentlichen Obrigkeit unterſucht werden mußte, ehe die Sache an die Fiscalbehörde kam[27]); ſodann war den Procuratoren auch das Recht entzogen, eine peinliche Strafe dem Schuldigen zuzuerkennen[28]), daher jedes Urtheil derſelben, welches eine ſolche Strafe ausſprach, an und für ſich nichtig war; doch ward ihnen ſchon ſeit einem Reſcripte des Pius Antoninus geſtattet, denen, welche die Colonen kaiſerlicher Güter mißhandeln oder ſonſt Unfug treiben, den Zugang zu dieſen Gütern zu unterſagen[29]); endlich war ihnen auch die Cognition über causae status entzogen[30]), wenn ſchon ſie in Prozeſſen über Libertinität und Sclaverei, ſo weit ſie Fiscalſachen betrafen, unumſchränkt erkennen durften[31]). Außer dieſer Jurisdiction, welche im claſſiſchen Pandektenrechte als ein Haupttheil ihrer Amtsgewalt erſcheint, hatten ſie auch die Befugniß, die dem Fiscus zugehörigen Güter zu verpachten und zu verkaufen[32]) (doch ſind ſie bei der Veräußerung fiscaliſcher Güter der Beſchränkung unterworfen, daß ſie nichts ohne Einwilligung des Kaiſers und zum Nachtheile des Fiscus in dieſer Beziehung vornehmen dürfen[32a])), fiscaliſche Außenſtände einzutreiben und darüber zu quittiren[33]), den fiscaliſchen Sclaven den Befehl zum Antritte der ihnen deferirten Erbſchaften zu ertheilen[34]), und ſolche, welche dem Kaiſer ſelbſt angeboten werden, durch Immixtion zu erwerben, falls ſie ſolvent ſind[35]); im umgekehrten Falle ſoll erſt die Inſolvenz der Erbſchaft vom Procurator unterſucht und wegen Erwerbung oder Ausſchlagung der Erbſchaft der Befehl des Kaiſers eingeholt werden[36]). Vergleiche über Fiscalſachen ſind zwar ſtets an ihre Gerichtsbarkeit gebunden, bedürfen aber insbeſondere der kaiſerlichen Beſtätigung[37]).

---

25) Spuren davon finden ſich in L. 8. §. 19. D. 2. 15. L. 12. D. de his quae ut indign. (34. 9.) L. 42. pr. D. 49. 14.

26) L. 2. C. de poenis. (9. 47.) L. 4. C. ad legem Fabiam de plagiariis. (9. 20.) L. 1. C. ubi causae fiscales. (3. 26.)

27) L. 1. C. 3. 26. L. 2. C. ibid.

28) L. 3. pr. D. de officio procuratoris. (1. 19.) L. 2. C. 9. 47.

29) L. 3. §. 1. D. 1. 19.

30) L. 2 u. 5. C. ubi causa status. (3. 22.) L. 7. C. ne de statu defunctorum. (3. 21.)

31) L. 5. C. 3. 22.

32) L. 3. §. 5. D. 49. 14.

32a) L. 3. §. 5. D. 49. 14. L. 1. §. 1. D. 1. 19.

33) L. 47. §. 1. D. 49. 14. L. 22. D. de interrogationibus in iure fac. (11. 1.)

34) L. 1. §. 2. D. 1. 19. L. 46. §. 8. D. 49. 14. L. 25. §. 2. D. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.)

35) L. 1. §. 2. D. 1. 19.

36) L. 2. D. 1. 19.

37) L. 8. §. 19. L. 13. D. 2. 15.

Seit Septimius Severus wurde die Verwaltung des Fiscus und mithin auch die einzelnen Procuratoren des Kaiſers einem öffentlichen Beamten untergeben, welcher bald procurator rei privatae[38]), bald rationalis genannt wird. Unter den chriſtlichen Kaiſern finden wir zwei hohe Beamte, unter welche das geſammte Fiscalvermögen geſtellt war, den comes sacrarum largitionum und den comes rei privatae, oder, wie er auch heißt, privatarum[39]). Unter jenem ſtand der öffentliche Schatz, ſo weit er aus Steuereinkünften (largitiones, largitionales tituli) beſtand, und ihm waren die comites largitionum der einzelnen Diöceſen[40]) und die rationales und Schatzmeiſter der Provinzen untergeben; ingleichen hatte er für ſeine weitläuftigen Geſchäfte eine große Anzahl von Palatinen zu ſeiner Dispoſition[41]), welche in viele Scrinien zum Theil mit Beziehung auf die beſonderen Einnahmen eingetheilt waren, wenn ſchon die unmittelbare Execution rückſtändiger Abgaben zu dem Geſchäftskreiſe der Provinzialſtatthalter gehörte. Unter dieſem ſtand das eigentliche Vermögen der Krone, von welchem wiederum außer einem anſehnlichen Officium die Rationales, Magiſtri u. ſ. w. abhingen[42]). Er hatte die Oberaufſicht über die Verwaltung der Reichsgüter, welche theils durch Colonen gebaut, theils in Zeitpacht oder Emphyteuſe gegeben, oder als Weiden benutzt wurden, ferner über die dem kaiſerlichen Hauſe inſonders zugewieſenen Beſitzungen, Palläſte, Stutereien, Viehheerden, über welche in den Provinzen beſondere Comites (comites domorum) geſetzt waren, und über die kaiſerlichen Patrimonial- oder Erbgüter. Dieſe letzteren wurden indeß von Anaſtaſius ſeiner Verwaltung entzogen und einem beſonderen Magiſtrate, dem comes patrimonii untergeben[43]), und in der Kunſtſprache patrimonialia genannt. Und ſo finden wir denn für das Juſtinianiſche Zeitalter drei coordinirte Beamten, welche ſich in die Verwaltung des früheren Fiscalvermögens theilten. — Zur Vertretung des Fiscus im Gerichte war ſeit den Zeiten Hadrians ein eigner Beamter beſtellt, welcher in der Kunſtſprache bald advocatus fisci, bald patronus fisci genannt wird[44]), auch in der Folge fortbeſtand[45]), und noch in dem Juſtinianiſchen Codex als noch vorkommend erwähnt wird[46]). Sein Geſchäftskreis iſt durch ſpätere kaiſerliche Verordnungen feſtgeſtellt worden. An jedem bedeutenden Tribunale wurden nämlich aus der Zahl

38) Spart. Severus cap. 12.

39) L. 1. Th. C. de quaestoribus. (6. 9.) Iust. Cod. I. 32. 33.

40) Notitia dignit. imperii orient. cap. 12. ed. Boecking p. 41 u. 42., occid. cap. 10. p. 46—51. Vgl. Jacobus Gothofr. ad L. 1. Th. C. de consularibus (6. 19.) ed. Ritter, tom. II. p. 111.

41) C. Theod. VI. 30., Iust. I. 32., XII. 24.

42) Notitia dign. orient. c. 13., occ. cap. 11.

43) Joh. Lyd. de magistr. II. 27. glossae nom. ed. Otto, p. 1776, 1787. Iust. Cod. I. 35. Vgl. Witte, die leges restitutae des Juſtinianiſchen Codex S. 88, 89.

44) Spart. Hadr. cap. 20.

45) Spart. Ant. Geta cap. 2. fr. de iure fisci §. 17. L. 3. D. de his, quae in testam. (28. 4.)

46) Tit. C. de adv. fisci. (2. 9.)

der ſtatutenmäßigen Advocaten einige, oder wenigſtens einer zu dieſem Amte befördert[47]). Das Amt wurde von Anfang an nur auf eine beſtimmte Zeit ertheilt[48]), in ſpäteren Zeiten bald auf ein Jahr[49]), bald auf zwei Jahre[50]), nach deren Ablaufe die Beamten zu höheren Würden ausſchieden[51]). Für ihre Mühwaltung bezogen ſie früher keinen Gehalt, und deßhalb war es ihnen freigeſtellt, auch gegen den Fiscus im Gerichte aufzutreten[52]); ſpäterhin erhielten ſie Gehalt[53]), und deßhalb war es ihnen unterſagt, während der Dauer ihres Amtes für irgend Jemand gegen den Fiscus im Gerichte aufzutreten[54]), und ſelbſt nach der Niederlegung jener Würde wurde ihnen dieß Auftreten gegen den Fiscus nur ausnahmsweiſe geſtattet, nämlich für ſich ſelbſt, für ihre Frau, für die eigenen Kinder und Eltern, für die nächſten Seitenverwandten bis zum vierten Grade und für die eigenen Sclaven[55]), und auch dann nur unter der Vorausſetzung, daß ſie in der fraglichen Sache nicht ſchon früher dem Fiscus gedient hatten[56]).

Die juriſtiſche Perſönlichkeit des Fiscus, welche in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern anerkannt worden iſt, hat ſich wahrſcheinlich nach Analogie der des Aerariums entwickelt. Gleichwie man nämlich den Populus als Träger des Aerars anſah[57]) und ihm bereits zur Zeit der freien Republik das Commercium ſammt der paſſiven Teſtamentifaction eingeräumt hatte, eben ſo dachte man ſich unter der Kaiſerregierung wahrſcheinlich den Kaiſer ſelbſt als Träger des Fiscus[58]), und geſtattete dieſem demnach alle die Gerechtſame, auf welche einzelne im Staatsverbande ſtehende phyſiſche Perſonen Anſpruch hatten. Daher der Fiscus ſchon vom Beginne des Kaiſerreiches an Eigenthum haben, Contracte abſchließen, Klagen mit Erfolg anſtellen und aus Teſtamenten erwerben konnte. Später ging man noch einen Schritt weiter; die Geſetzgebung räumte ihm mannigfache Vorzüge vor Privatperſonen ein und bei endlicher Verſchmelzung beider Caſſen war es natürlich, daß man auch die dem Aerar verliehenen Vorrechte zugleich auf den Fiscus übertrug, und ſo iſt der letztere in den ſpäteren Zeiten der Kaiſerregierung die am meiſten bevorzugte moraliſche Perſon geworden. Im Juſtinianiſchen Rechte ſind dieſe Vorzüge, meiſt das Product eines verdorbenen habgierigen Zeitalters, beibehalten worden.

---

47) L. 2. C. de adv. divers. iudicum. (2. 8.) L. 10. C. de adv. div. iudiciorum. (2. 7.) L. 5. C. 2. 8.

48) Fr. de iure fisci §. 17.

49) L. 8 u. 12. C. 2. 7.

50) L. 12 u. 13. C. 2. 7. L. 3. pr. L. 5. pr. C. 2. 8.

51) L. 8 u. 10. C. 2. 7. L. 4. §. 2. C. 2. 8.

52) Fr. de iure fisci §. 17.

53) L. 3. pr. L. 4. §. 1. L. 5. pr. L. 6. pr. C. 2. 8.

54) L. 1. C. de advoc. fisci. (2. 9.)

55) L. 13. C. 2. 7. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. C. 2. 8.

56) L. 2. C. 2. 9.

57) Tac. Annal. III. 25. Caius, inst. II. 150. 286., III. 62. Ulpiani fr. 28. 7. Paulli sent. rec. V. 12.

58) Am deutlichſten iſt Diocass. Hist. LXXI. 32., wo der Fiscus geradezu τὸ βασιλικὸν genannt wird.

Da nun in dieſer Beziehung die Juſtinianiſch=römiſchen Beſtimmungen unſer einziges Geſetz bilden, ſo war es natürlich, daß unter den neueren Rechtsgelehrten die Frage entſtand, ob man in der Auslegung dieſer Beſtimmungen über das, was die Römer als Vorzüge des Fiscus bereits anerkannt haben, hinausgehen dürfe. Hier nun ſcheint es am rathſamſten, mit möglichſter Strenge zu interpretiren, theils weil dergleichen Vorzüge nach allgemeinen Rechtsregeln nicht vermuthet werden, theils weil ein in die Juſtinianiſchen Pandekten aufgenommenes Fragment des Modeſtinus auf die Nothwendigkeit der ſtricten Erklärung hindeutet[59]).

Bei der Darſtellung dieſer Vorzüge im Einzelnen dürfte es am zweckmäßigſten erſcheinen, ſie in Rückſicht auf die einzelnen Theile des Privatrechtes zu entwickeln. Was die prozeſſualiſchen Vorzüge des Fiscus angeht, ſo laſſen ſich dieſelben auf folgende Punkte zurückführen: 1) In allen Fällen, wo der Fiscus an einer Gütermaſſe ein Erbrecht geltend macht, und Privatperſonen für ſich ein gleiches Recht in Anſpruch nehmen, wird der obſchwebende Prozeß in Betreff der letzteren ſo lange ausgeſetzt, bis über das Recht des Fiscus entſchieden iſt[60]). Auch bleiben die Klagen der Erbſchaftsgläubiger ſo lange ruhen, bis der Hauptprozeß beendigt iſt. Der Grund dieſes durch Senatusconſulte anerkannten Vorrechtes iſt der, damit eine den Staat als ſolchen angehende Rechtsſache nicht durch Klagen der Privatleute verſchleift werde. 2) In allen Prozeſſen, welche das Mein und Dein betreffen, nicht aber in Criminalſachen, hat der Fiscus, wenn er als Kläger auftritt, die Befugniß, den Beklagten zur Edition aller auf dieſen Prozeß bezüglichen Documente zu zwingen, ſofern der Beweis des Klaggrundes auf andere Weiſe nicht hergeſtellt werden kann. Der Beklagte kann ſich nicht mit der Einrede ſchützen, als ſeien dieſelben ihm abhanden gekommen[61]). Erfolgt die Edition, ſo darf indeß der Inhalt dieſer Documente nicht für andere Prozeſſe gegen den Edenten benutzt werden[62]). 3) Niemand, am wenigſten der Fiscus ſelbſt, kann gezwungen werden, zum Schaden deſſelben Beweisdocumente oder Acta zu ediren[63]). Falls daher jemand die Edition der Acta vom Fiscus verlangt, ſo muß er gleich von Anfange an Caution ſtellen, daß er ſie nicht gegen dieſen gebrauchen wolle[64]); auch müſſen die betreffenden Abſchriften der Fiscalacta von dem zur Aufbewahrung der Acta angeſtellten Beamten geſchrieben ſein, da, wer andere Abſchriften producirt, den Prozeß zweifelsohne verliert[65]). 4) In Betreff der Compenſationseinrede iſt der Fiscus mannigfach privilegirt. Nicht

---

59) Modestinus, libro sing. de praescriptionibus. Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. L. 10. D. de iure fisci. (49. 14.)

60) L. 35. D. 49. 14.

61) L. 2. §. 1 u. 2. D. 49. 14. L. 3. D. de edendo (2. 13.) vgl. mit L. 4 u. 8. C. de edendo. (2. 1.)

62) L. 2. §. 1. D. 49. 14.

63) L. 45. §. 5 u. 6. D. 49. 14.

64) L. 45. §. 6. D. 49. 14.

65) L. 45. §. 7. D. 49. 14.

allein, daß ſie in Prozeſſen, wo der Fiscus als Kläger auftritt, nichts hilft, wenn binnen zwei Monaten von ihrer Vorſchützung an gerechnet der Beweis der fiscaliſchen Schuld nicht erbracht wird[66]), ſo iſt ſie auch völlig unzuläſſig in allen Sachen der Abgaben, einerlei ob ſie in Geld, oder in Naturallieferungen beſtehen[67]), ferner wenn der Fiscus den Kaufpreis einer von ihm verkauften Sache vom Käufer einklagt[68]), und endlich, wenn das fiscaliſche Bureau, welches klagt, nicht identiſch iſt mit demjenigen, deſſen Schuld zur Compenſation benutzt wird[69]). 4) In allen Prozeſſen über den Status jemandes, welche den Fiscus angehen, muß derſelbe durch ſeinen gewöhnlichen Vertreter (den advocatus fisci) vertreten werden. Sonſt iſt das gefällte Urtheil null und nichtig, und es wird eine neue Cognition der Sache nothwendig[70]). 5) Schuldner des Fiscus können, wenn ſie der Schuld überwieſen ſind, von dem Rechtsmittel der Appellation keinen Gebrauch machen[71]). 6) Bei der Execution in das Vermögen des Schuldners hat der Fiscus das Vorzugsrecht (privilegium exigendi) vor allen übrigen chirographariſchen Gläubigern[72]). Von dieſem Privilegium findet ſich die älteſte Spur in dem für Aegypten erlaſſenen Provincialedicte, das aus Galba's Zeit erhalten iſt[73]); in unſeren gewöhnlichen Rechtsquellen kommt es zuerſt in den Pandekten vor, wo ſich hierfür ſchon L. 10. pr. D. 2. 14. auf ein Reſcript des Kaiſers Antoninus Pius beruft. Nur den Strafgeldern, welche an den Fiscus zu entrichten ſind, geht dieſer Vorzug ab, und wenn ſchon Papinian[74]) erklärt, daß in Betreff derſelben der Fiscus ſo viel Rechte habe, wie andere Privatgläubiger, ſo ergibt ſich doch aus einem Reſcripte des Kaiſers Alexander, daß er in dieſer Rückſicht allen chirographariſchen Gläubigern nachſteht[75]). Eine Folge dieſes Grundſatzes iſt, daß in den ſogenannten gemiſchten Klagen, d. h. ſolchen, welche neben dem Schadenerſatze zugleich noch eine Privatſtrafe enthalten, der erſte Theil der Forderung das Pri-

---

66) L. 46. §. 4. D. 49. 14.

67) L. 46. §. 4. D. de iure fisci. (49. 14.)

68) L. 46. §. 4. D. 49. 14. L. 7. C. de compensationibus. (4. 31.)

69) L. 1. C. 4. 31.

70) L. 3. §. 9. L. 7. D. 49. 14.

71) L. 4 u. 8. C. quorum appellationes non recipiuntur. (7. 65.) Im früheren Rechte erſtreckte ſich das Verbot der Appellation auf alle fiscaliſchen Prozeſſe; doch hat hier die Geſetzgebung ſeit Conſtantin ſehr gewechſelt. L. 6. Th. C. de iure fisci. (10. 1.) L. 6. Th. C. quorum appell. non rec. (11. 36.) Zur Geſchichte dieſer Frage vgl. Jacobus Godofr. ad h. l. ed. Ritter tom. 4. p. 311.

72) Paul. rec. sent. V. 12. §. 10. L. 10. pr. D. de pactis. (2. 14.) L. 34. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.) L. un. C. poenis fiscalibus creditores praeferri. (10. 7.)

73) Vgl. Rudorff, das Edict des Tiberius Alexander im rheiniſchen Muſeum für Philologie Bd. 2, S. 166.

74) L. 37. D. 49. 14.

75) L. 17. D. 49. 14. L. un. C. poenis fiscalibus creditores praeferri. (10. 7.) Nach der Regel: rem suam persequentibus poenae exactio postponitur.

vilegium genießt, der andere den chirographariſchen Gläubigern nachſteht[76]). Es verſteht ſich dabei indeß von ſelbſt, daß dieſes Zurücktreten des Fiscus hinter die anderen Gläubiger nur inſofern vorkommt, als dieſe keine Pönalforderung geltend machen[77]). Tritt der Fiscus in die Rechte eines Privatmannes ein, ſo wird dadurch die Forderung, in welche er eintritt, privilegirt, freilich aber erſt von der Zeit an, wo der Privatmann in die Reihe der Fiscalſchuldner eingetragen worden iſt[78]). Nach dem Pandektenrechte iſt dieß Vorzugsrecht unter allen privilegirten Forderungen das ſtärkſte[79]). Auch auf das Privatvermögen des Kaiſers und der Kaiſerin iſt es ausgedehnt[80]). 7) Zur Deckung des Fiscus wegen Primipilarforderungen iſt es eingeführt, daß die Frau des Primipilus ihr Heurathsgut nicht eher zurückfordern darf, bis die Anſprüche des Fiscus aus der Adminiſtration ihres Mannes getilgt ſind[81]). Daher dieß Heurathsgut gewiſſermaßen für die fiscaliſchen Anſprüche haftet, vorausgeſetzt indeß, daß die Güter des Primipilus und ſeiner Nominatoren zur Deckung nicht ausreichen[82]). Manche neuere Rechtsgelehrten haben aus dieſem Vorzugsrechte ein ſtillſchweigendes und noch dazu privilegirtes Generalpfand des Fiscus am Vermögen des Primipilus gemacht und dieſes dann wohl auf alle Adminiſtratoren des Fiscus ausgedehnt. Indeſſen iſt weder das Princip dieſes Vorrechtes allgemein als Pfandrecht anerkannt, noch wird, ſelbſt wenn man dieß zugeben wollte, die Ausdehnung dieſer ſingulären Vorſchrift auf alle Fiscalbeamte gerechtfertigt werden können[83]). 8) Wenn der Fiscus wegen ſeiner Forderungen aus der Sachenmaſſe, welche im Beſitze ſeines Schuldners iſt, nicht befriedigt werden kann, ſo hat er die Befugniß, ſofort die Schuldner deſſelben zur eignen Deckung zu verklagen[84]). Die ihm gegen ſeines Schuldners Schuldner zuſtehende Klage iſt wahrſcheinlich eine condictio ex lege[85]), welche im Falle der Primipilarſchuld ſogar vor der Verfallzeit der Schuld angeſtellt werden kann, ſo daß die Einrede der Zuvielforderung rückſichtlich der Zeit überall nicht ſtattfindet. Die Bedingungen dieſes Vorrechtes ſind, daß die fiscaliſche Forderung ſofort aus den Büchern des Fiscus oder einem mit demſelben

---

76) L. un. C. 10. 7.

77) Rem suam persequentibus L. un. C. 10. 7. nisi creditores suum recuperaverint L. 37. D. 49. 14. Darnach iſt der allgemeine Ausdruck creditoribus in L. 17. D. 49. 14. zu erklären.

78) L. 3. §. 7. L. 6. D. 49. 14.

79) L. 34. D. 42. 5. Paulli sent. V. 12. §. 10.

80) L. 6. §. 1. D. 49. 14.

81) L. 4. C. in quibus causis pignus tacite. (8. 15.) L. 3. C. de primipilo. (12. 63.)

82) L. 4. C. 8. 15.

83) Vgl. Klenze, über die geſetzlichen Vorzüge fiscaliſcher Forderungen nach römiſchem Rechte in Savigny's Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft Bd. 8, S. 403.

84) L. 3. §. 8. D. 49. 14. L. 3 u. 4. C. quando fiscus vel privatus debitoris sui. (4. 15.) L. 1. C. de condict. ex lege. (4. 9.) Vgl. L. 5. C. 4. 15.

85) L. 1. C. 4. 9.

abgeſchloſſenen Contracte bewieſen wird[86]), daß des Hauptſchuldners Inſolvenz liquid iſt[87]) (wozu, wenn man vom Falle des Concurſes abſieht, die gegen dieſen zu richtende Vorausklage nothwendig erſcheint), und daß die Schuldner deſſelben dieſe ihre Schuld nicht abläugnen[88]). Die Execution wird zwar von den Untergebenen der Fiscalbeamten eingeleitet[89]), aber nur von der ordentlichen Obrigkeit, nicht von der Fiscalbehörde, vollſtreckt[90]). 9) Urtheile, welche gegen den Fiscus ſprechen, können von demſelben innerhalb drei Jahren angefochten werden, wegen Prävarication und offenkundiger Betrügerei aber auch nach Ablauf dieſes Zeitraumes[91]). Dann müſſen aber auch die Acten des früheren Prozeſſes, ſelbſt wenn es nicht ausdrücklich verlangt wird, vorgelegt und vorgeleſen werden[92]). 10) Zur Beſchleunigung fiscaliſcher Prozeſſe war im vorjuſtinianiſchen Rechte durch eine Conſtitution Conſtantins des Großen[93]) vorgeſchrieben, daß alle vom Fiscus und gegen ihn anzuſtellenden Prozeſſe binnen Jahresfriſt, von ihrem Anhängigwerden an gerechnet, beendigt werden ſollten, was nach einer Conſtitution Valentinians dahin abgeändert worden iſt, daß fiscaliſche Prozeſſe in erſter Inſtanz binnen zwei, vier und ſechs Monaten abgeurtheilt werden ſollen, je nachdem die Sache in einer und derſelben Provinz verhandelt wird, oder Inſtructionen aus einer anliegenden oder überſeeiſchen Provinz nöthig ſind, und in Appellationsinſtanz binnen zwanzig und vierzig Tagen, je nachdem die Parteien in derſelben Provinz oder in einer anliegenden ſich aufhalten[94]). Für die Appellationsinſtanz erweiterten ſpäter die Kaiſer Honorius und Theodos die Zeitfriſt, indem ſie ſtatt 20 Tage 40, und ſtatt der 40 vielmehr 70 Tage feſtſetzten[95]). Keins dieſer Geſetze iſt in den Juſtinianiſchen Codex aufgenommen worden, daher dieſe Beſtimmungen unpraktiſch geworden ſind, und nur die Begünſtigung findet ſich in den Juſtinianiſchen Rechtsquellen ausgeſprochen, daß fiscaliſche Prozeſſe auch während der Dauer von Gerichtsferien angenommen und verhandelt werden dürfen[96]). 11) Zur Verjährung fiscaliſcher Anſprüche iſt nach dem claſſiſchen Pandektenrechte, wo nicht durch ſpecielles Geſetz eine geringere Zeit feſtgeſetzt iſt, eine Zeitfriſt von zwanzig Jahren beſtimmt[97]), was indeß weder auf den endlichen Austrag der innerhalb dieſer Zeitfriſt anhängig gemachten

86) L. 3. §. 8. D. 49. 14.
87) L. 3. §. 8. D. 49. 14. L. 1. C. 4. 9. L. 4. C. 4. 15.
88) L. 3. C. 4. 15.
89) L. 3. C. 4. 15.
90) L. 1. C. 4. 9.
91) L. un. C. de sent. adv. fisc. retract. (10. 9.)
92) L. 45. §. 8. D. 49. 14.
93) L. 4. Th. C. de iure fisci. (10. 1.)
94) L. 13. C. de iure fisci. (10. 1.) Vgl. L. 21., L. 28., L. 46. Th. C. de appell. (11. 30.)
95) L. 64. Th. C. de appellat. (11. 30.)
96) L. 5. Iust. C. de feriis. (3. 12.)
97) L. 13. pr. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.) L. 1. §. 3—5. D. 49. 14.

Prozeſſe Einfluß hat[98]), noch auf Sachen, welche vom erſten Nuntianten argliſtiger Weiſe aufgegeben worden ſind, bezogen werden darf[99]). Dieſe Verjährungsfriſt läuft nach den allgemeinen Regeln der Klagenverjährung erſt von dem Zeitpunkte an, wo dem Fiscus das in Frage ſtehende Recht angefallen iſt[100]). Sie iſt wahrſcheinlich durch eine Conſtitution des Kaiſers **Titus** eingeführt worden[101]). In der Folge hat Kaiſer Conſtantin in ſeinem Edicte, welches die Verjährungsfriſten der einzelnen Klagen beſtimmte, in Betreff der fiscaliſchen Prozeſſe eine Ausnahme gemacht, theils wegen der vielfachen Beſchäftigungen der Fiscalbeamten, theils um die Gelegenheit abzuſchneiden, fremdes Stillſchweigen zu erkaufen[102]); allein daß dadurch nicht überhaupt die Verjährung fiscaliſcher Anſprüche aufgehoben worden ſei, zeigt ſchon der Umſtand, daß Conſtantin ſelbſt das Verbrennen fiscaliſcher Urkunden, welche verjährt ſind, verordnet[103]), und die Aufnahme dieſer Verordnung in den Theodoſiſchen Codex.

Für alle Fälle, in welchen durch die geſetzliche Vorſchrift dem Fiscus etwas aus der Vermögensmaſſe einer Privatperſon als Eigenthum zufällt, iſt ein beſonderes Verfahren, der ſogenannte **Nuntiationsprozeß**, angeordnet[104]). Die Grundzüge dieſes Inſtitutes ſind im weſentlichen folgende. Es wird jedem aus dem Volke erlaubt, die Rechte des Fiscus an Vermögensſtücken geltend zu machen, demnach die Anzeige (nuntiatio, delatio) beim Fiscus geſtattet. Ausgeſchloſſen ſind nach Juſtinianiſchem Rechte Senatoren, Soldaten, Veteranen, Frauen, Sclaven in Sachen ihrer Herren, Freigelaſſene in Sachen ihres Patrons, Tutoren und Curatoren in Sachen ihrer Mündel, der Verkäufer in Betreff der verkauften Sache[105]). Für das Anbringen der Nuntiation war ein Zeitraum von zwanzig Jahren beſtimmt, welcher von dem Augenblicke an gerechnet wurde, wo das fiscaliſche Recht an der Sache hätte geltend gemacht werden können[106]). Nach Ablauf dieſes Zeitraumes ſtand die Einrede der Verjährung der Nuntiation entgegen. Das Anbringen der Nuntiation hing zwar vom freien Willen eines Jeden ab, nicht aber ihre Fortſetzung[107]). Denn einestheils hatte der Nuntiant dem Fiscus unter Stellung von tüchtigen Bürgen zu verſprechen, daß er die Nuntiation ausführen wolle[108]), anderentheils trafen ihn gewiſſe Strafen,

---

98) L. 1. §. 4. D. 49. 14.
99) L. 1. §. 5. D. 49. 14.
100) L. 1. §. 3. D. 49. 14.
101) L. 1. §. 3. D. 49. 14.
102) L. 7. Th. C. de iure fisci. (10. 1.)
103) L. 3. Th. C. de iure fisci. (10. 1.)
104) L. 1. pr. D. 49. 14. L. 3. §. 11. D. ibid. L. 1. C. de delat. (10. 11.)
105) L. 2. §. 6. L. 18. pr. §. 1—9. D. 49. 14. L. 6. C. de delatoribus. (10. 11.)
106) L. 13. pr. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.) L. 1. §. 3—5. D. 49. 14.
107) L. 22. §. 3. D. 49. 14.
108) L. 2. §. 3. D. 49. 14.

wenn er dieſe Verbindlichkeit nicht erfüllte, z. B. Verluſt des Nuntiations=rechtes[109]) und Entrichtung von ſo viel an den Fiscus, als dieſer aus dem gewonnenen Prozeſſe erhalten haben würde[110]). Nur entſchuldbarer Irrthum und Todesfälle, welche den Beweis der Nuntiation unmöglich machen, befreien von den Strafen[111]). Die weiteren Verpflichtungen des Nuntianten laſſen ſich auf folgende Punkte zurückführen: a) er mußte, falls er von einem Dritten zur Nuntiation veranlaßt worden war, dieſen ſeinen Mandator nennen[112]). Der Grund war nicht, daß der Delator frei ausgehe, wenn nichts erwieſen wurde, ſondern vielmehr der, daß auch der Mandator in dieſem Falle nicht ſtraflos bleibe[113]). b) Er mußte den Beweis der Nuntiation führen, d. h. darthun, daß das nunciirte Vermögensſtück dem Fiscus verfallen ſei[114]). Der Beklagte wurde daher überall mit dem Beweiſe verſchont, woher er das Stück erworben habe[115]), während der Dauer des Prozeſſes nicht im Beſitze der vindicirten Sache geſtört[116]), und falls der Nuntiant ſeinen Beweis nicht erbrachte, überhaupt ſo behandelt, als ob gar keine Nuntiation geſchehen wäre[117]). c) Er mußte bei der Ausführung der Nuntiation im guten Glauben als richtiger Vertreter des Fiscus handeln. Daher war einestheils die einſeitige Aufgabe des Prozeſſes von Seiten des Nuntianten mit Strafen belegt, anderentheils konnte der Nuntiant durch ſeine Prozeßführung der fiscaliſchen Gerechtſame keinen Eintrag thun, daher bei gewiſſenloſem Betragen auch eine zweite Nuntiation aus demſelben Grunde zuläſſig war[118]), und der Beklagte ſofort den Prozeß verlor, wenn er privatim ſich mit dem Delator verglichen oder ihn (oder den Richter) mit Geld beſtochen hatte[119]). Im Falle der Beſtechung traf indeß die Strafe nur den Beſtechenden ſelbſt, nicht auch deſſen Erben. Für die Erfüllung dieſer Verbindlichkeiten erhielt der Nuntiant einen beſtimmten Theil von der dem Fiscus vindicirten Sache[120]), deſſen Größe in den Juſtinianiſchen Pandekten nicht weiter bezeichnet wird, aber zu den Zeiten Nero's ein Viertheil, früher ſogar mehr betrug[121]). Durch ein Edict Traian's wurde die Selbſtanzeige erlaubt, wo dann der Nuntiant die Hälfte des nunciirten Gutes

---

109) L. 2. §. 3. D. 49. 14.

110) L. 15. pr. §. 2 u. 4. D. 49. 14. Vgl. Heineccius, comm. ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam lib. III. cap. 10. §. 3. p. 443—445.

111) L. 15. pr. L. 22. §. 3. D. 49. 14.

112) L. 22. §. 3. D. 49. 14. L. 23. L. 24. L. 2. §. 5. D. 49. 14.

113) L. 2. §. 5. L. 15. §. 1. L. 24. D. ibid.

114) L. 15. §. 2 u. 4. L. 24. D. ibid.

115) L. 25. D. ibid.

116) L. 7. C. de iure fisci. (10. 1.)

117) L. 2. §. 3 u. 4. D. 49. 14. L. 15. §. 2. D. ibid.

118) L. 1. §. 5. D. 49. 14. L. 29. pr. D. ibid.

119) L. 4. L. 29. pr. L. 34. D. 49. 14.

120) L. 15. §. 1 u. 4. D. 49. 14.

121) Suet. Nero cap. 10. Vgl. Heineccius, comm. ad legem Iuliam lib. II. cap. 10. §. 1. p. 444.

zu behalten befugt war[122]). Vorausgeſetzt ward dabei, daß kein Anderer vorher ſchon Anzeige gemacht hatte[123]), daß der Deferent den Prozeß im Namen des Fiscus übernahm und zu Ende führte[124]), daß kein Exceptorium vorlag[125]), und daß endlich die Perſönlichkeit des Nuntianten nicht überſchritten ward; weßhalb die Selbſtanzeige dem Herrn nicht geſtattet wird in Betreff deſſen, was ſeinem Sclaven hinterlaſſen worden[126]), auch nicht dem Erben rückſichtlich deſſen, was ſeinem Erblaſſer zugedacht war, außer wenn dieſer erweislich den Willen, die Selbſtanzeige zu machen, gehabt hatte und an der Ausführung dieſes Entſchluſſes nur durch den Tod verhindert worden iſt[127]). Aus dem nämlichen Grunde kam auch im älteren Rechte die Selbſtanzeige des Verſtorbenen ſeinem Erben nicht weiter zu Gute; doch verordnete Hadrian, daß das Ableben des Erblaſſers vor dem Austrage des Prozeſſes für den Erben nicht den Wegfall der Belohnung zur Folge haben ſollte[127a]). In der ſpäteren Zeit kamen mehrere Modificationen dieſes Inſtitutes auf. Zunächſt verordnete Hadrian, daß der Selbſtdeferent für ſeinen Antheil nicht das Retentionsrecht ausüben, ſondern dieſen erſt erhalten ſolle, nachdem das Ganze dem Fiscus ausantwortet worden[128]). Nach einer Conſtitution Conſtantin's ſoll, wer ein tacitum fideicommissum einem Incapax zu reſtituiren hat, im Falle der Selbſtanzeige ein Drittheil des ganzen Erbgutes für ſich behalten, und, wenn die Frau des Verſtorbenen, welcher die Erbſchaft zu reſtituiren iſt, von ihrer Incapacität den Fiscus unterrichtet, dieſe, aber auch nur dieſe allein, die Hälfte von der Erbſchaft behalten.

Im Sachenrechte zeigen ſich die Privilegien des Fiscus in der Lehre von der Veräußerung, von der Verjährung und vom Pfandrechte. In der Lehre von der Veräußerung iſt es ein Vorzug, daß 1) wenn der Fiscus mit Privatleuten Miteigenthümer einer und derſelben Sache iſt, er dieſe Sache auch ohne Einwilligung der letzteren ganz, ſelbſt mit Einſchluß des den anderen gehörenden Theiles veräußern darf und nur gezwungen werden kann, dem das Miteigenthum verlierenden Theile ſeinen Antheil an dem Kaufpreiſe herauszugeben[129]). 2) Daß dergleichen Sachen nie anders, als unter Zuziehung der fiscaliſchen Beamten und unter Beobachtung der für den Verkauf fiscaliſcher Sachen vorgeſchriebenen Feierlichkeiten veräußert werden dürfen[130]). 3) Daß der Verkauf gewiſſer Sachen den Beamten des Fiscus ganz und gar unterſagt iſt, namentlich ſolcher, über welche ein Prozeß anhängig iſt[131]), und der Sclaven, welche

122) L. 13. pr. §. 1. D. 49. 14.
123) L. 13. pr. u. §. 7. D. 49. 14.
124) L. 42. §. 1. D. 49. 14. L. 13. §. 1 u. 4. D. ibid.
125) L. 13. §. 9. D. ibid.
126) L. 13. §. 6. D. ibid.
127) L. 13. §. 5 u. 6. D. ibid.
127a) L. 13. §. 4. D. ibid.
128) L. 15. §. 3. D. ibid.
129) L. 2. C. de communium rerum alienatione. (4. 52.)
130) L. 1. C. de venditione rerum fiscalium cum privatis comm. (10. 4.)
131) L. 22. pr. D. 49. 14.

entweder fiscaliſche Güter oder ſolche, welche dem Fiscus incorporirt werden, als Actoren verwalten[132]). 4) Daß es dem Fiscus geſtattet wird, auch nach dem Verkaufe der ihm eigenthümlich zugehörigen Sachen binnen einer beſtimmten Zeitfriſt höhere Gebote (adiectiones) anzunehmen und in Folge derſelben den abgeſchloſſenen Contract zu reſcindiren[133]). Die Größe dieſer wahrſcheinlich durch ein Geſetz beſtimmten Zeitfriſt iſt nirgends in den römiſchen Rechtsquellen angegeben, und die Vermuthung des **Cuiacius**, daß ſie zwei Monate betragen habe, hat weiter keinen haltbaren Grund für ſich. 5) Daß für den Verkauf der fiscaliſchen Sachen eine beſtimmte Form vorgeſchrieben iſt[134]). Der Verkauf muß nämlich unter Leitung der damit beauftragten Fiscalbeamten geſchehen (die Pandekten und der Juſtinianiſche Codex nennen den Procurator[135]), oder, was damit identiſch iſt, den Curator[136])); ferner unter öffentlichem Ausbieten der zu verkaufenden Güter (proscriptio)[137]), und zwar nach vorhergehender Taxation, im Falle Güter fiscaliſcher Schuldner vom Fiscus verkauft werden[138]); ferner wird der Verkauf unter öffentlicher Auctorität in der Form der Subhaſtation vorgenommen[139]), und zwar ſo, daß Licitationen zugelaſſen und die Sache dem Meiſtbietenden zugeſprochen wird[140]); der Zuſchlag an den Meiſtbietenden erfolgt von Seiten der Fiscalbeamten[141]), welche bei der Aufnahme der Taxe Diligenz zu präſtiren ſchuldig ſind[142]), und wegen der Eviction der verkauften Sache oder anderer Regreßforderungen den Fiscus nicht über den einfachen Werth derſelben hinaus verbindlich machen können[143]). Nur unter dieſen Vorausſetzungen geht das Eigenthum der vom Fiscus

---

132) L. 8. D. 49. 14. L. 30. L. 46. §. 7. D. ibidem.

133) L. 50. D. 49. 14. L. 21. §. 7. D. ad municipalem. (50. 1.) L. 4. C. de fide et iure hastae fisc. (10. 3.) L. 1. C. de vendendis rebus civitatum. (11. 31.)

134) Theod. Cod. X. 17. de fide et iure hastae. Iust. Cod. X. 3. de fide et iure hastae fiscalis.

135) L. 22. pr. §. 1. D. 49. 14. L. 30. L. 46. §. 7. L. 8. L. 5. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 1. C. 10. 3.

136) L. 5. pr. D. 49. 14. L. 11. §. 1. D. de publicanis. (39. 4.)

137) L. 2. Th. C. 10. 17. L. 6. Iust. C. 10. 3.

138) L. 3. Th. C. 10. 17. L. 16. Iust. C. de rescind. venditione. (4. 44.)

139) L. 1. 2. 3. Th. C. 10. 17. L. 1. Th. C. de fisci deb. (10. 16.) L. 1. Th. C. de domibus ad rem privatam. (10. 2.) L. 16. Iust. C. 4. 44. L. 1. 2. 4. 5. 6. Iust. C. 10. 3.

140) L. 1. Th. C. 10. 2. L. 1 u. 3. Th. C. 10. 17. L. 1. Th. C. 10. 16. L. 4 u. 5. Iust. C. 10. 4.

141) L. 50. D. 49. 14. L. 5. C. 10. 4. L. 1. Th. C. 10. 17. Dieſer Zuſchlag wird bald mit addicere, bald mit adiudicare bezeichnet.

142) L. 3. §. 5. D. 49. 14.

143) L. 5. pr. D. 49. 14. Im neueſten Rechte ſcheint dieſe Vorſchrift für die Evictionsfälle überflüſſig geworden, da bei Veräußerungen von Seiten des Fiscus die Evictionsklage nicht gegen den, welcher die Sache vom Fiscus erhält, ſondern gegen den Fiscus ſelbſt gerichtet wird. Vgl. L. 2 u. 3. Iust. C. de quadriennii praescript. (7. 37.) §. 14. J. de usucapionibus (2. 6.) ibique Theoph. ed. Reitz. tom. I. p. 295.

verkauften Sache mit der Zahlung des Kaufpreiſes ſofort an den Käufer über[144]), ſo daß derſelbe nicht allein Dritten gegenüber im Beſitz der Sache verbleibt[145]), ſondern auch vom Fiscus ſelbſt nicht wegen der Abgabenreſte oder Eviction belangt werden kann[146]). Dieſe Grundſätze werden ſogar auf fremde Sachen, welche der Fiscus auf irgend eine Weiſe veräußert hat, ausgedehnt, und wer einen Eigenthums- oder Pfand- oder ſonſtigen Anſpruch an ſolchen Sachen geltend zu machen gedenkt, kann ihn nach einer Conſtitution Zeno's nicht gegen den neuen Erwerber, ſondern nur gegen den Fiscus ſelbſt geltend machen, und zwar gegen dieſen nur innerhalb einer Zeitfriſt von vier Jahren, nach deren Ablauf auch der Fiscus gegen derartige Anſprüche ſicher iſt[147]), und Juſtinian hat das Gleiche auch in Rückſicht ſolcher Sachen beſtimmt, welche der Kaiſer oder die Kaiſerin aus ihrem Privatvermögen veräußern[148]). — In der Lehre von der Verjährung iſt es ein Vorzugsrecht des Fiscus, daß die ihm angehörigen Sachen der ordentlichen Verjährung (usucapio) entzogen ſind[149]). Darauf ſind auch die in der ſpäteren Kaiſerzeit vorkommenden Verſchiedenheiten der fiscaliſchen Güter ganz ohne Einfluß geblieben. Daß ferner die longi temporis praescriptio bei Fiscalſachen ausgeſchloſſen iſt, bezeugen kaiſerliche Conſtitutionen[150]); daß aber auch die dreißigjährige Verjährung gegen den Fiscus ausgeſchloſſen ſein ſolle, und folglich zum mindeſten eine vierzigjährige erfordert werde, iſt zwar nirgends auf recht deutliche Weiſe ausgeſprochen. Dennoch muß angenommen werden, daß die bekannte Verordnung des Kaiſers Theodos[151]),

144) L. 5. §. 1. D. 49. 14. L. 1—3. Th. C. 10. 17.

145) L. 1 u. 2. Th. C. 10. 17. L. 5 u. 6. Iust. C. 10. 3.

146) L. 6. C. 10. 3. C. ne fiscus rem, quam vendidit, evincat. (10. 5.)

147) L. 2. pr. C. de quadr. praescript. (7. 37.) L. 3. C. ibid. §. 14. J. de usucapionibus (2. 6.) ibique Theoph. ed. Reitz. tom. I. p. 295. Gewöhnlich beſchränkt man die Verordnung Kaiſer Zeno's nur auf Eigenthums- und Pfandanſprüche, welche allerdings in der Inſtitutionenſtelle bei Theophilus und Thaleläus (Bas. 48. 20. 5. ed. Fabr. tom. VI. p. 549.) vorzugsweiſe, ja ſogar allein genannt werden. Daß aber die Worte der Conſtitution auf alle Evictionsanſprüche an der, vom Fiscus veräußerten Sache zu beziehen ſind, ergibt ſich aus den Worten der Conſtitution: nec posse contra emtores praedictarum rerum aliquas actiones in rem dominii vel hypothecae gratia vel in personam civiles seu praetorias vel ex legibus seu sacratissimis constitutionibus descendentes vel quaslibet alias, licet nominatim praesente sanctione non sint comprehensae, moveri. Vgl. Kämmerer in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 11, S. 388—413.

148) L. 3. C. 7. 37. §. 14. J. 2. 16. ibique Theoph. ed. Reitz. tom. I. p. 296.

149) L. 18. D. de usurpationibus et usucap. (41. 3.) L. 24. D. ibid. §. 9. J. de usucapionibus. (2. 6.) L. 2. C. comm. de usucap. (7. 30.)

150) L. 15. Th. C. 10. 1. L. 3. Iust. C. ne rei dominicae. (7. 38.) L. 2. C. de fundis et saltibus. (11. 66.) Vgl. L. 2. Iust. C. 7. 38.

151) L. un. Th. C. de action. certo temp. (4. 14.) L. 3. Iust. Cod. de praescr. XXX. vel XL. annorum. (7. 39.) Vgl. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der geſammten Verjährungslehre §. 18, Bd. 1, S. 58—62.

welche für die dauernden Klagen die dreißigjährige Verjährung eingeführt hat, gleich von Anfang an nicht gegen Anſprüche des Fiscus zugelaſſen wurde, und daß mithin hier ein Fall vorlag, in welchem die von Kaiſer Anaſtaſius [152]) eingeführte vierzigjährige Verjährung in Anwendung kommen mußte; und daß dieſe Verjährungsfriſt bei res publicae, dominicae und patrimoniales anerkannt wird, iſt ein nicht geringer Beweis für die Richtigkeit dieſer Anſicht [153]). Auch iſt ſie ſo ſehr die gewöhnliche, daß faſt gar kein Zweifel dagegen laut geworden iſt. Denn die Meinung derer, welche bei den Anſprüchen des öffentlichen Schatzes ſtatt der vierzigjährigen eine hundertjährige Verjährungsfriſt annehmen, beruht lediglich auf der ungegründeten Vorausſetzung, daß man dem Staatsſchatze ſtillſchweigend dieſelben Rechte eingeräumt habe, welche den ſtädtiſchen Communen zuſtehen, und hat auch ſonſt nur wenig Anklang gefunden. — In der Lehre von dem Pfandrechte iſt es ein Privilegium des Fiscus, daß ihm 7) wegen geſchuldeter Grund- und anderer Abgaben ein ſtillſchweigendes Pfandrecht an allen Gütern des Schuldners zuſteht [154]). Wegen früherer Abgaben, welche auf dem Grundſtücke haften, hält ſich der Fiscus an den Beſitzer deſſelben [155]), außer wenn er oder ſein Vordermann daſſelbe durch Kauf vom Fiscus an ſich gebracht hat; denn dann erliſcht die Abgabenforderung, inſoweit ſie über den Contract hinausreicht [156]). Dieſe Verpflichtung des jedesmaligen Beſitzers zur Abführung der Steuerreſte iſt ſo weſentlich, daß ſogar die entgegenſtehenden Verträge für nichtig erklärt wurden [157]). 8) Am Vermögen derer, welche mit dem Fiscus überhaupt contrahirt haben, ſteht dieſem ein ſtillſchweigendes Generalpfand zu wegen aller Forderungen aus dem Contracte [158]). Dieſe Hypothek war in der früheren Zeit wahrſcheinlich nur eine ſubſidiariſche, inſofern als der Fiscus, wenn ſich ein durch dieſelbe afficirter Gegenſtand in den Händen dritter Beſitzer befand, denſelben nur dann erſt in Anſpruch nehmen konnte, wenn er den eigentlichen Schuldner zuvor fruchtlos ausgeklagt hatte [159]). Daß ſie ſich nicht allein auf alle gegenwärtigen, ſondern auch auf alle zukünftigen Güter des Schuldners erſtreckt, wird ausdrücklich berichtet [160]). Der Anfangspunkt der Hypothek wird von dem Augenblicke an gerechnet, an welchem der Contract abgeſchloſſen worden [161]).

---

152) L. 4. Iust. C. de praescript. XXX. vel XL. ann. (7. 39.) Vgl. L. 4 u. 5. C. ibid.

153) L. 14. C. de fundis patrim. (11. 61.)

154) L. 1. C. in quibus causis pignus. (8. 15.) L. 1. C. si propter publicam pensitationem. (4. 46.)

155) L. 5. §. 2. D. de censibus. (50. 13.) L. 7. pr. D. de publicanis et vectigalibus. (39. 4.) L. 36. D. 49. 14.

156) L. 36. D. 49. 14. vgl. mit L. 6. C. de fide et iure hastae. (10. 3.)

157) L. 2. C. sine censu. (4. 47.)

158) Fr. de iure fisci §. 5. L. 2. C. 8. 15. L. 2. C. de privilegio fisci. (7. 73.) L. 47. pr. D. 49. 14.

159) L. 47. pr. D. 49. 14.

160) Fr. de iure fisci §. 5.

161) L. 2 u. 3. C. de privilegio fisci. (7. 73.)

Dabei iſt es freilich ſtreitig, ob und inwiefern dieſe Hypothek privilegirt ſei. Einige ſind der Meinung, daß ſie allen anderen Pfändern gegenüber ohne Rückſicht auf die Zeit ihrer Entſtehung vorgezogen werden müſſe; man beruft ſich deßhalb auf den Ausſpruch Ulpian's in L. 28. D. de iure fisci. (49. 14.) Allein nicht zu gedenken, daß derſelbe Juriſt in L. 8. D. qui potiores in pignore (20. 4.) in Uebereinſtimmung mit Scävola[162]) und Caracalla[163]) bezeugt, daß der Fiscus in dieſer Beziehung älteren Pfandrechten nachſteht, und daß die zuerſt angezogene Stelle ganz füglich von dem Falle verſtanden werden kann, wo ein Generalpfandgläubiger als ſolcher mit dem ſpäter contrahirenden Fiscus concurrirt, wo dann bei einer ſonſt gleichen Concurrenz leicht die Rückſicht auf das dem Fiscus zuſtehende Privilegium demſelben den Vorzug ſichern konnte[164]), ſo ſtimmen auch die bewährteſten Rechtslehrer darin überein, daß der Fiscus dieſer Stelle zu Folge kein Privilegium haben könne, außer in Bezug auf das nach ſeinem Contracte erworbene Vermögen[165]). Am richtigſten ſcheint es das Privilegium dieſer Hypothek ganz in Abrede zu ſtellen. — Manche neuere Rechtslehrer räumen dem Fiscus auch ein ſtillſchweigendes Pfandrecht an dem Vermögen ſeiner Verwalter und ſelbſt in den Fällen ein, wo er an die Stelle eines Privatgläubigers eintritt. Allein die erſtgenannte Meinung beruht nur auf dem unzuläſſigen Vergleiche der Staatsbeamten mit den Schuldnern aus Contracten, und die letztere Anſicht ſtützt ſich nur auf eine falſche Auslegung einer Stelle Ulpian's[166]), welche nicht allein durch den Inhalt der Stelle ſelbſt, ſondern auch durch das Zeugniß eines anderen Pandektenjuriſten widerlegt wird[167]).

Im Obligationenrechte kommen folgende Begünſtigungen des Fiscus vor: 1) daß er aus eigenen Contracten keine Zinſen zu entrichten hat[168]). Tritt er indeß in fremden Contracten an die Stelle eines Privatmannes, ſo hat er die von ſeinem Auctor geſchuldeten Zinſen zu entrichten. 2) Daß er von allen, welche ihm aus mit ihm abgeſchloſſenen Contracten etwas ſchulden, auch ohne vorhergehende Mahnung und ohne beſonderen Zinsvertrag Zinſen zu fordern berechtigt iſt[169]), ſelbſt wenn er an die Stelle eines Privatmannes in einen Contract tritt, dann aber freilich nur von der Zeit des Eintrittes an[170]). Es ſind dieß nicht ſowohl

---

162) L. 21. pr. D. qui potiores in pignore. (20. 4.)

163) L. 2. C. de privil. fisci. (7. 72.)

164) Vgl. Klenze a. a. O. Th. 8, S. 396—398.

165) So Cuiacius, Peregrinus und andere. Vgl. Klenze a. a. O. Th. 8, S. 392.

166) L. 6. pr. D. 49. 14.

167) L. 3. §. 7. D. 49. 14.

168) L. 17. §. 5. D. de usuris. (22. 1.)

169) L. 43. D. 22. 1. L. 17. §. 5 u. 6. D. ibid. L. 6. pr. D. 49. 14. Gegen Abgabenpächter, welche Abgabenraten ſchuldig bleiben, concurrirt das Recht der Zinsforderung electiv mit der Berechtigung des Fiscus, den Pacht auch vor dem Ablaufe des Contractes aufzuheben. L. 10. §. 1. D. de publicanis. (39. 4.)

170) L. 17. §. 6. D. 22. 1. L. 6. pr. D. 49. 14.

Verzugszinſen, als vielmehr geſetzliche[171]). Die Höhe der Zinſen beläuft ſich nach dem Zeugniſſe des Paulus[172]) auf ſechs Procent und dieſer Zinsfuß tritt auch dann ein, wenn der Fiscus beim Eintritte in Privatcontracte von ſeinem Zinsrechte Gebrauch macht, gleichviel ob der Contractſchuldner gar keine oder geringere Zinſen von Anfang an zu entrichten hatte. Der Zinsanſpruch wird auch dem gewährt, welcher an die Stelle des Fiscus in fiscaliſche Contracte eintritt[173]). 3) Daß es Tutoren und Curatoren verboten iſt, vor abgelegter Vormundſchaftsrechnung mit dem Fiscus zu contrahiren; beſonders wird dieß eingeſchärft in Anwendung auf den Pacht fiscaliſcher Grundſtücke und öffentlicher Abgaben[174]), auf welchen Fall manche neuere Rechtsgelehrten das Verbot irriger Weiſe beſchränken. Wer dagegen handelte, wurde mit der Strafe der Fälſchung belegt. Eingeführt iſt dieß Verbot durch Conſtitutionen der Kaiſer Severus und Caracalla; ſein Zweck iſt, jedenfalls zu verhüten, daß nicht der Fiscus in unangenehme, ihm etwa ſchädliche Colliſionen mit anderen Creditoren ſeiner Schuldner komme. Mit dem Tode des Mündels kommt das Verbot in Wegfall[175]); auch leidet es nicht Anwendung auf den Fall, wenn die Vormünder durch Univerſalſucceſſion in die Stelle der fiscaliſchen Schuldner einrücken[176]). 4) Daß der Fiscus Pächter von Abgaben, welche aus dieſem Pachte erweislich großen Gewinn gezogen haben, nach abgelaufener Pachtzeit zwingen kann, den Pacht unter gleichen Bedingungen fortzuſetzen, falls ſich kein anderer zu einem gleichen oder höheren Preiſe verſteht[177]). 5) Daß er die Pächter von Bergwerksnutzungen zwingen kann, einen Theil der Ausbeute ihm käuflich zu überlaſſen[178]). 6) Daß er die Befugniß hat, Zahlungen zu reſcindiren, welche in der Abſicht ihm zu ſchaden von ſeinem Schuldner an Dritte gemacht worden ſind, ohne Rückſicht darauf, ob die gezahlten Gelder bei dem Dritten noch in Natur vorhanden ſind oder nicht[179]). Dieſe Befugniß des Fiscus erſtreckt ſich indeß nur auf das gezahlte Capital; zur Zinsforderung iſt er überall nicht berechtigt[180]). Dem Dritten, gegen welchen der Fiscus ſein Recht braucht, wird die alte Obligation ſammt den Acceſſionen reſtituirt[181]). Zu Papinian's Zeiten hatte dieß Revocationsrecht einen beſchränkteren Umfang; es ſtand dem Fiscus nämlich nur gegen ſolche zu, welche bei der

---

171) Vgl. L. 16. §. 1. D. 22. 1. und Madai, die Lehre von der Mora S. 161—166.

172) L. 17. §. 6. D. 22. 1.

173) L. 43. D. 22. 1.

174) L. 1. §. 9. 11. 12. D. ad legem Cornel. de falsis. (48. 10.) L. 49. D. locati. (19. 2.) L. un. C. 5. 41. Vgl. Marezoll, über Verträge mit dem Fiscus in deſſen Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 3, S. 354—361.

175) L. 1. §. 11. D. 48. 10.

176) L. 1. §. 12. D. 48. 10.

177) L. 11. §. 5. D. de publicanis. (39. 4.)

178) L. 1. C. de metallariis. (11. 6.)

179) L. 18. §. 10. L. 19. L. 21. D. 49. 14. L. 5. C. de privilegio fisci. (7. 73.)

180) L. 19. D. 49. 14. L. 5. C. 7. 73.

181) L. 20. u. 21. D. 49. 14.

Annahme der Zahlung davon wußten, daß der Zahlende Schuldner des Fiscus war, oder dieß wenigſtens vor der Conſumtion des gezahlten Geldes erfuhren [182]; zu Marcian's Zeiten waren indeß dieſe Beſchränkungen ſchon in Vergeſſenheit gekommen. 7) Daß jeder, welcher wiſſentlich zum Schaden des Fiscus irgend etwas an ſich genommen hat, nicht allein daſſelbe wieder herauszugeben, ſondern auch zur Strafe den Werth der Sache zu erſetzen hat [183]). 8) Daß jeder, an welchen der Fiscus eine Erbſchaft verkauft, den Erbſchaftsgläubigern für die Abzahlung der Erbſchaftsſchulden haftet, mit Ausſchluß des Fiscus, und mithin von den Erbſchaftsgläubigern direct belangt werden kann [184]). Manche Rechtslehrer erklären dieß aus der Natur der Univerſalſucceſſion, welche im vorliegenden Falle prätoriſchen Urſprunges ſei [185]), eine Annahme, welche zwar das angedeutete Phänomen hinreichend erklärt, aber doch ſonſt durch die Ausſprüche der römiſchen Juriſten nicht unterſtützt wird, und auch das gegen ſich hat, daß der Käufer einer Sache, und einer Erbſchaft insbeſondere, immer nur als Singularſucceſſor betrachtet wird [186]). Auch kann zur Rechtfertigung dieſer Annahme unmöglich der Umſtand benutzt werden, daß dem Käufer der vom Fiscus verkauften Erbſchaft nach Analogie des Univerſalfideicommiſſes zur Eintreibung der Erbſchaftsausſtände und Erbſchaftsſachen die hereditatis petitio utilis zugeſtanden wird [187]), da dieß doch wohl nur geſchah, um Weitläuftigkeiten zu vermeiden. Am wahrſcheinlichſten iſt die Annahme Kämmerer's [188]), daß der Fiscus durch kaiſerliches Privilegium irgend einmal freigeſprochen worden ſei von der Verbindlichkeit, ſich im Falle der von ihm veräußerten Erbſchaft auf die Klagen der Erbſchaftsgläubiger einzulaſſen, und daß man demnach den Käufer gleich wie einen Univerſalſucceſſor habe haften laſſen, wodurch dann auch die Geſtattung der utilis hereditatis petitio zur Beiſchaffung der Erbſchaftsſachen hinreichend erklärt ſein würde. Nach der Vermuthung deſſelben Gelehrten iſt dieß Privilegium heutzutage nicht mehr anwendbar, weil es durch die ſpätere Conſtitution Zeno's aufgehoben worden ſei [189]).

Auch im Erbrechte genießt der Fiscus mannigfache Begünſtigungen. Der Erbfähigkeit (testamentifactio passiva) nicht zu gedenken, welche er mit anderen moraliſchen Perſonen gemein hat, ſo muß doch jedenfalls ſein Anrecht auf die erbloſen Güter und die Ereptorien (ſ. dieſe

182) L. 18. §. 10. D. 49. 14.
183) L. 46. §. 1. D. 49. 14.
184) L. 1. C. de hereditate vel actione vendita. (4. 39.) L. 41. D. 49. 14.
185) So nach dem Vorgange von Haſſe noch Schröter in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 10, S. 132—134 und Schmidt, de successione in bona vacantia ex iure Romano. Jenae 1836. 8.
186) L. 2. C. 4. 39. Vgl. Kämmerer, über Erbſchaftsveräußerung durch den Fiscus in Linde's Zeitſchrift Bd. 11, S. 350—360. Dem ſteht auch nicht L. 13. §. 4 u. 8. D. 5. 3. entgegen, da dieſes Fragment von einem ganz anderen Falle ſpricht.
187) L. 54. pr. D. de heredit. petit. (5. 3.)
188) A. a. O. Bd. 11, S. 364.
189) L. 2. C. de quadr. praescript. (7. 33.) Vgl. Kämmerer a. a. O. Bd. 11, S. 390—413.

Art.) hier in Erwähnung gebracht werden. Außerdem kommen in den einzelnen Partien des Erbrechtes noch folgende Vorzugsrechte des Fiscus vor: 1) Der Procurator fisci und fiscaliſche Sclaven können die dem Fiscus deferirten Erbſchaften antreten, die letzteren freilich nur auf Befehl des Procurators[190]). 2) Der Fiscus iſt von manchen im Erbrechte nothwendigen Cautionen frei, namentlich von der Satisdation, welche für die Auszahlung eines giltig errichteten Vermächtniſſes vom Onerirten geleiſtet werden muß[191]), und der, welche bei der Auszahlung von Vermächtniſſen wegen Rückerſtattung deſſen, was die Falcidiſche Quart überſteigt, dem Vermächtnißnehmer auferlegt wird[192]). Der Grund dieſer Befreiung iſt wohl ein allgemeiner, wahrſcheinlich der, daß bei dem Fiscus die Rückſicht auf Verarmung in Wegfall kommt[193]), was die neueren Rechtsgelehrten mit dem Sprüchworte auszudrücken pflegen: fiscus praesumitur esse locuples.

Außer den genannten Fällen gibt es noch eine Reihe von Erwerbungen des Fiscus, welche durch verbotene Handlungen bedingt werden und ſich als Strafe für die Uebertreter der geſetzlichen Vorſchrift herausſtellen. Nicht der Vermögensconfiscation in Criminalſachen zu erwähnen (ſ. den Art. Confiscation), ſo fällt dem Fiscus alles dasjenige zu, was bei geſetzlich verbotenen Ehen zum Heurathsgute beſtellt worden iſt[194]); auch der Werth von Grundſtücken, welche die Statthalter der Provinzen, die kaiſerlichen Procuratoren oder ſonſtige Beamte in der Provinz, in welcher ſie ihr Amt verwalten, käuflich erworben haben, wenn auch Dritte abgeredeter Maßen dazwiſchen treten[195]); das Eigenthum von Grundſtücken, welche Soldaten während ihrer Dienſtzeit in den Provinzen, in welchen ſie dienen, käuflich an ſich bringen, außer, wenn das Grundſtück den Eltern des Soldaten zugehört und vom Fiscus käuflich ausgeboten wird[196]); ferner das Eigenthum von Sachen, welche um den Zoll zu betrügen nicht angegeben worden ſind[197]) u. ſ. w. Für alle dergleichen Erwerbungen ſind in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern folgende Regeln als giltig bezeichnet: 1) Dem Fiscus können überhaupt nur ſolche Güter zufallen, welche einen Vermögensvortheil für ihn enthalten. Nach der älteren, bereits von Labeo gebilligten Anſicht fielen Güter, welche der Fiscus beanſpruchen konnte, demſelben ohne weiteres (ipso iure) zu, ſelbſt wenn ſie ſchon inſolvent waren; allein in

190) L. 1. §. 2. D. de officio procuratoris. (1. 19.) L. 25. §. 2. D. de adquirenda vel omittenda hereditate. (29. 2.) L. 46. §. 8. D. 49. 14.

191) L. 1. §. 18. D. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. (36. 3.)

192) L. 3. §. 5. D. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit. (35. 3.)

193) L. 1. §. 18. D. 36. 3. L. 2. §. 1. D. de fundo dotali. (23. 5.)

194) L. 61. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 38. §. 1. D. ibid. Ulp. fr. 16. §. 4. L. 3. C. Th. de incestis nuptiis. (3. 12.) L. 8. Iust. C. de nuptiis. (5. 4.) Nov. Iust. 12. cap. 1.

195) L. 46. §. 1. D. 49. 14.

196) L. 9. pr. D. de re militari. (49. 16.)

197) L. 14. D. de publicanis. (39. 4.) L. 11. §. 4. D. ibid.

Folge eines prätoriſchen Edictes, welches dieſe Anſicht verwarf, ward über dergleichen inſolvente Vermögensmaſſen Concurs eröffnet, und es hing mithin von der Willkür des Fiscus ab, ob er dergleichen Güter annehmen wollte oder nicht[198]). Somit ward von Seiten derer, welche den Fiscus vertraten, eine Erklärung nothwendig über die Annahme oder die Ausſchlagung der zufallenden Güter, welche im zuerſt genannten Falle mit den Ausdrücken agnoscere bona, im zuletzt genannten mit spernere bona bezeichnet wird[199]). Hatte der Fiscus einmal die Güter agnoſcirt, ſo haftete er den Gläubigern der Erbſchaft ſchlechtweg, wie früher, wo ihm die Güter ipso iure zufielen; ein Rücktritt war undenkbar. 2) So lange das Recht des Fiscus auf die in Frage ſtehenden Güter noch nicht durch Urtheil und Recht oder, was dem gleichſteht, anerkannt iſt, darf von einer Aenderung des Beſitzſtandes nicht die Rede ſein. Dieß Princip wird in Betreff der Nuntiationen nicht allein im vorjuſtinianiſchen, ſondern auch im Juſtinianiſchen Rechte[200]) ausdrücklich anerkannt, und daß es auch bei der Güterconfiscation galt, zeigen die Juſtinianiſchen Pandekten[201]). 3) Der Fiscus hat, wenn er Güter erwirbt, auch die auf denſelben haftenden Beſchwerniſſe anzuerkennen. Wo er als Univerſalſucceſſor eintritt, z. B. bei der Confiscation ganzer Vermögensmaſſen oder Vermögensquoten, ergibt ſich dieß ſchon aus der Natur der Univerſalſucceſſion[202]); bei dem Anfalle erbloſen Gutes beſtätigen dieß Zeugniſſe römiſcher Juriſten und Kaiſer[203]); für die Caduca und Ereptoria ergibt ſich daſſelbe aus der allgemeinen, mit dem Inhalte der lex Iulia verwandten Rechtsregel: caduca cum onere fiunt[204]). Eine Regel, welche nicht allein auf die dem Erbgute auferlegten Vermächtniſſe geht, ſondern auch auf dem Erbtheile haftenden Schulden bezogen werden muß[205]). Und daß gerade dieſe Regel von den Pan=

---

198) L. 11. D. 49. 14. L. 1. §. 1. D. ibid. Vgl. v. Schröter, zu der Lehre von den bona vacantia in Linde's Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 10, S. 107—114. Von der Confiscation insbeſondere ſpricht L. 51. §. 5. D. de fideiussoribus. (46. 1.)

199) L. 6. §. 3. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 4. §. 17 u. 20. D. de fideicommissariis libertatibus. (40. 5.)

200) L. 2. §. 4. L. 15. §. 4. D. 49. 14. L. 5. Th. C. de iure fisci. (10. 1.) L. 5. Th. C. de bonis vacantibus. (10. 8.) L. 7. C. de iure fisci. (10. 1.)

201) L. 46. §. 6. L. 45. §. 1. D. 49. 14. L. 2. §. 1. D. de bonis eorum, qui ante sententiam. (48. 21.)

202) L. 17. §. 5. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 31. pr. D. soluto matrimonio. (24. 3.) L. 5. C. de bonis proscriptorum. (9. 49.) L. 2. C. ad legem Iuliam de vi. (9. 12.)

203) L. 96. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 6. §. 3. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.)

204) Ulpiani fr. 17. 3. L. 60. §. 1. D. de condit. et demonstr. (35. 1.) L. 9. D. de SC. Silaniano. (29. 5.) L. 12. §. 2. u. L. 16. §. 2. D. de his, quae ut indignis. (34. 9.) L. 2. §. 2. D. si quis aliquem testari. (29. 6.) L. 3. §. 4. D. 49. 14. L. 3. C. ad leg. Falcidiam. (6. 50.)

205) L. 18. §. 1. D. 34. 9. L. 2. C. 9. 12.

bektenjuriſten auf alle dem Fiscus zufallenden Güter angewendet wird, iſt nicht der geringſte Beweis für die Allgemeinheit der oben aufgeſtellten Behauptung[206]). 4) Für die Incorporation der dem Fiscus verfallenden Güter iſt ein beſtimmtes Verfahren vorgeſchrieben, welches erſt durch die Conſtitutionen chriſtlicher Kaiſer im Einzelnen geregelt worden iſt. Nach den Zeugniſſen der Pandektenjuriſten wurde der Beſitzer ſolcher Güter gezwungen, an den Fiscus Rechnung abzulegen, und, was er davon verheimlichte, nicht allein herauszugeben, ſondern auch den Werth deſſelben dem Fiscus zu erſetzen[207]). Verſiegelung und Inventariſiren ſolcher Güter war ſchon vor Conſtantin gewöhnlich[208]). In der Folge wies Conſtantin die Rationalen an, über alle dem Fiscus verfallenen Güter an die Fiscalbehörde Verzeichniſſe einzuſenden, um über die Annahme und Weiterverleihung derſelben entſcheiden zu können[209]), und ſpätere Kaiſer erhoben dieß Inventariſiren ſo ſehr zur Nothwendigkeit, daß vorher ſolche Güter nicht weiter verliehen, auch nicht incorporirt werden konnten[210]). Vorbereitet wird dieß Inventariſiren durch gewiſſe, zu dieſem Zwecke beſonders abgeſendete Beamte, welche vereidet werden und in Gegenwart des fiscaliſchen Vertreters an Ort und Stelle ſich zu erkundigen haben, wem das Gut angehöre, wie groß und von welcher Beſchaffenheit es ſei[211]); dann werden durch die ordentliche Obrigkeit beſtimmte Friſten feſtgeſetzt, binnen welcher Dritte ihre Anſprüche an den Gütern geltend machen dürfen; findet ſich kein Reclamant und ſtellt ſich demnach die Berechtigung des Fiscus als unbezweifelt heraus, ſo wird theils von der inventariſirenden Behörde, theils von dem Magiſtrate, welcher den Prozeß geleitet hat, an den Kaiſer Bericht erſtattet, damit dieſer zur Incorporation oder ſonſtigen Verwendung der angefallenen Güter Befehl ertheile. Die Incorporation ſelbſt geſchieht durch Anlegung der tituli an die einzelnen Vermögensſtücke[212]). Heimbach.

Foenus nauticum, auch usurae nauticae oder maritimae werden die höheren Zinſen genannt, welche ſich der Gläubiger, ohne ſich eines Wuchers ſchuldig zu machen, ausbedingen darf, wenn das dargeliehene Capital über Meer gehen und die Seegefahr nicht von dem Schuldner, auf deſſen Gefahr nach den allgemeinen Grundſätzen des Darlehns das dargeliehene Capital ſtehen müßte, ſondern von dem Gläu-

206) L. 14. D. 49. 14. L. 2. §. 1. D. de alimentis vel cibariis legatis. (34. 1.)

207) L. 15. §. 5 u. 6. D. 49. 14.

208) Fragm. de iure fisci §. 14.

209) L. 2. Th. C. de bon. vacantibus. (10. 8.)

210) L. 5. Th. C. 10. 8. L. 2. Th. C. de incorporatione. (10. 9.) L. 11. C. Th. de petitionibus. (10. 10.) Für das Juſtinianiſche Recht ſpricht L. 5. J. C. de bonis vacantibus. (10. 10.)

211) L. 11. Th. C. 10. 10. L. 5. Th. C. 10. 8. L. 5. Iust. C. 10. 10.

212) L. 1. Th. C. 10. 9. L. 3. Iust. C. 10. 10.

biger übernommen werden ſoll[1]). Der Grund, aus welchem ſich der Gläubiger in dieſem Falle höhere Zinſen ausbedingen darf, als ſonſt geſtattet ſind, liegt eben darin, daß er eine Gefahr übernimmt, zu deren Uebernahme er nach den gewöhnlichen Regeln des Darlehns nicht verpflichtet wäre[2]). Die höheren Zinſen, welche der Darleiher nehmen darf, ſind daher eine Prämie für Uebernahme der Gefahr, ſo daß ſie in Wirklichkeit gar nicht als eigentliche Zinſen für das Darlehn gelten können. Deßwegen konnten hier die gewöhnlichen Regeln, welche das römiſche Recht ſowohl über die Form als über den Inhalt der Zinsverſprechungen bei Darlehnen aufſtellte, keine Anwendung finden. Denn hinſichtlich der Form konnte das foenus nauticum auch in einem bloßen pactum ausbedungen werden, während ſonſt beim Darlehn die Zinsverbindlichkeit nicht anders als durch Stipulation begründet werden konnte[3]). In Anſehung des Inhaltes aber mußten die über die Höhe des Zinsfußes geltenden Vorſchriften unanwendbar erſcheinen, da das foenus nauticum nur Namen und Form, nicht aber die Bedeutung eigentlicher Zinſen hatte. Daher gab es vor Juſtinian gar keine geſetzliche Vorſchrift über die Größe des foenus nauticum, ſo daß dieſelbe ganz willkürlich durch die Uebereinkunft der Contrahenten beſtimmt werden konnte[4]). Unter Juſtinian aber wurde nebſt anderen Zinsbeſchränkungen auch für das foenus nauticum die Vorſchrift erlaſſen, daß die Größe deſſelben ein Procent in jedem Monate, alſo zwölf Procent jährlich nicht überſchreiten dürfe[5]). Dieſe hohen Zinſen ſollten nach der Meinung des Geſetzes nur für diejenige Zeit genommen werden können, da das Schiff wirklich unterwegs war, und alſo der Gläubiger die Gefahr des in demſelben befindlichen Geldes (pecunia traiectitia) in der That zu tragen hatte[6]). In einer ſpäteren von Juſtinian herrührenden Verordnung wurde jedoch geſtattet, ſich ein foenus nauticum auch auf andere Bedingungen auszubedingen, durch welche unter Umſtänden auch ein höherer Zinsfuß erreicht werden konnte[7]). Allein ſchon im darauf folgenden Jahre nahm

---

1) L. 1. D. de nautico foenore. (22. 2.) L. 1. C. eod. (4. 23.) Zuweilen wird jedoch der Ausdruck foenus nauticum für das über Meer gehende Capital ſelbſt (pecunia traiectitia), für welches das nauticum foenus gegeben werden muß, gebraucht. L. 3. C. h. t.

2) L. 5. D. h. t.: Periculi pretium est.

3) L. 7. D. h. t. S. den Art. Darlehn Bd. 3, S. 237.

4) Paullus, s. r. II. tit. 14. §. 3.: Traiectitia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest. L. 26. §. 1. C. de usuris. (4. 47.)

5) L. 26. C. cit.

6) Vgl. über dieſen Punkt und über die abweichende Meinung Anderer, welche behaupten, daß zwölf Procent von der pecunia traiectitia haben genommen werden können ohne Rückſicht auf die Dauer der Seereiſe, Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 21, S. 193 flg.

7) Nov. 106. In dieſem Geſetze wurde dem Darleiher, wenn er die Gefahr übernehmen wolle, geſtattet, ſich Folgendes als nauticum foenus auszubedingen: entweder für jeden solidus, den er darleihe, einen modius Getreide in das Schiff zu laden, ohne den Zoll dafür zu bezahlen, der auf jeden Fall von dem Schuldner übernommen werden mußte, und außerdem für je zehn aurei einen

Juſtinian dieſe Erlaubniß wieder zurück, wodurch die erſte auf das foenus nauticum bezügliche Verordnung wiederhergeſtellt wurde, nach welcher nicht mehr als zwölf Procent jährlicher Zinſen ſollten genommen werden dürfen für die Zeit, da die pecunia traiectitia wirklich auf der Gefahr des Gläubigers ſtände [8]). Wenn nicht etwas Anderes ausgemacht iſt, ſteht aber die pecunia traiectitia auf der Gefahr des Darleihers von dem Augenblicke an, da die Anker gelichtet werden, bis zu dem Augenblicke, da ſie an ihrem Beſtimmungsorte angelangt iſt [9]).

Was nun die Bedeutung betrifft, welche das nauticum foenus bei den Römern hatte, ſo war daſſelbe nichts Anderes, als eine Weiſe, die Ladung eines Schiffes gegen die Seegefahr zu verſichern. Der Darlehnsvertrag, bei welchem das nauticum foenus ausbedungen werden konnte, wurde dahin abgeſchloſſen, daß das dargeliehene Capital oder die für daſſelbe gekaufte Waare in das Schiff geladen, und nebſt den Zinſen nur alsdann wieder zurückgegeben werden ſollte, wenn die Ladung ihren Beſtimmungsort erreicht hätte. Dagegen ſollte der Darleiher das Capital ſowohl als auch die Zinſen verlieren, wenn die Ladung ohne Schuld des Darlehnnehmers innerhalb der Zeit, auf welche die Gefahr übernommen worden, verloren gehen würde. Die Wirkung dieſes Geſchäftes beſtand alſo darin, daß nicht der Schuldner, als Eigenthümer der Ladung, ſondern der Darleiher, der das zur Ladung verwendete Geld vorgeſtreckt hatte, von dem Verluſte betroffen wurde, der aus der Seegefahr entſtanden war. Es gab bei den Römern Speculanten, welche ein eigenes Gewerbe daraus machten, gegen höhere Zinſen Darlehne hinzugeben, von welchen ſie die Seegefahr übernahmen [10]). Seiner Wirkung nach kam ein ſolches mutuum maritimum ziemlich überein mit unſerem heutigen Verſicherungsvertrage, bei welchem ebenfalls nicht der Verſicherte, als Eigenthümer der verſicherten Gegenſtände, ſondern der Verſicherer gegen die Verſicherungsprämie den Schaden erleidet, der aus dem Verluſte oder Untergange der verſicherten Gegenſtände entſteht [11]). Aber der Form nach iſt das foenus nauticum von dem Verſicherungsvertrage, welcher in ſeiner heutigen Geſtalt den Römern unbekannt geweſen zu ſein ſcheint [12]), weſentlich verſchieden. Denn bei dem foenus nauticum wird dem Darlehnnehmer, welcher hier der Verſicherte iſt, mit dem Darlehn die Entſchädigungsſumme zum voraus gegeben, ſo daß er dieſelbe nebſt den erhöhten Zinſen reſtituiren muß, wenn der Schaden

---

als Zinſen, oder den achten Theil des Capitals zu nehmen, ohne Rückſicht auf eine beſtimmte Zeit, für welche die Gefahr übernommen werden ſollte. Glück, a. a. O. S. 192, verſteht die Stelle falſch, wenn er ſie dahin auslegt, daß ſich der Gläubiger für jeden solidus einen modius Getreide als Zinſen habe ausbedingen können.

8) Nov. 110.

9) L. 4. pr. L. 6. D. h. t. L. 1. L. 4. C. h. t.

10) Nov. 106. pr.

11) S. den Art. Verſicherungsanſtalten.

12) Ueber die Frage, ob den Römern der Verſicherungsvertrag bekannt geweſen ſei oder nicht, vgl. Glück a. a. O. S. 207 flg.

nicht eintritt; bei dem Verſicherungsvertrage dagegen wird dem Verſicherten die Entſchädigungsſumme erſt nach wirklich eingetretenem Schaden ausbezahlt, während er die Verſicherungsprämie ſogleich bei dem Abſchluſſe des Vertrages entrichten muß. Wenn man will, kann man den Unterſchied zwiſchen foenus nauticum und Verſicherungsvertrage auch ſo auffaſſen, daß bei jenem der Darleiher gegen die höheren Zinſen die Summe hergibt, welche der Gefahr ausgeſetzt werden ſoll, ſo daß er ſie bei nicht eintretendem Schaden wieder erhält, während bei dem Verſicherungsvertrage dieſe Summe von dem Verſicherten hergegeben wird, und der Verſicherer die Verbindlichkeit übernimmt, ihm dieſelbe im Falle eines eingetretenen Schadens zu reſtituiren. Offenbar aber wird der Zweck der Verſicherung durch den Verſicherungsvertrag bequemer erreicht, als durch das foenus nauticum, weil bei jenem nicht wie bei dieſem für den Fall, daß kein Schaden eintritt, die Entſchädigungsſumme unnöthiger Weiſe hin und her gezahlt zu werden braucht. Darum dürfte bei der heutigen Ausbildung des Aſſecuranzweſens wohl ſchwerlich noch von dem foenus nauticum Gebrauch gemacht werden. Einige Aehnlichkeit hat das foenus nauticum mit der Bodmerei, inſofern auch dieſer Vertrag in einem Darlehn beſteht, bei welchem die Seegefahr von dem Gläubiger übernommen wird [13]). Allein der hauptſächlichſte Unterſchied zwiſchen beiden Rechtsgeſchäften liegt darin, daß bei der Bodmerei nicht von einer eigentlichen traiectitia pecunia die Rede iſt. Denn bei dem foenus nauticum muß entweder das dargeliehene Capital oder wenigſtens die für daſſelbe gekaufte Ladung wirklich über Meer gehen, indem das Geld, welches im Hafen conſumirt wird, keine pecunia traiectitia iſt, von welcher höhere Zinſen genommen werden können [14]). Bei dem Bodmereivertrage dagegen wird das Geld nicht nothwendig zu dem Zwecke dargeliehen, daß es entweder in Natur oder in den dafür gekauften Waaren über Meer gehe, indem es vielmehr von dem Darlehnnehmer auch vor der Einſchiffung conſumirt werden kann. Deßwegen bezieht ſich die Gefahr, welche der Darleiher bei der Bodmerei übernimmt, auch nicht auf den Untergang, von welchem das dargeliehene Capital unterwegs betroffen werden kann, ſondern auf den Untergang des Schiffes oder der Ladung, welche ihm für ſeine Forderung zum Pfande eingeſetzt werden. Der Bodmereigeber verliert ſeine Forderung, wenn Schiff oder Ladung unterwegs verunglücken; aber es kommt dabei nichts darauf an, ob das dargeliehene Geld in Natur oder in Waaren auf das Schiff gekommen war oder nicht. — Uebrigens unterliegt es keinem Bedenken, daß das Princip des römiſchen Rechtes, daß bei dem foenus nauticum wegen der übernommenen Seegefahr höhere Zinſen, als ſonſt geſtattet ſind, genommen werden dürfen, analoge Anwendung

---

13) Vgl. den Art. Bodmerei Bd. 2, S. 243 flg.

14) L. 1. D. h. t.: Traiectitia pecunia ea est, quae trans mare vehitur: ceterum si non eodem loco consumatur, non erit traiectitia. Sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? Et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiectitia pecunia fit.

finden kann in anderen Fällen, in welchen eine andere Gefahr, als die Seegefahr von dem Darleiher übernommen wird. Nur verſteht ſich von ſelbſt, daß es ſich bei einem ſolchen ſogenannten foenus quasi nauticum nicht um ein Geſchäft handeln darf, welches überhaupt als ein verbotenes angeſehen werden muß[15]). Luden.

Frage, Criminalfrage, articulus inquisitionalis, peinliche, ſcharfe Frage (quaestio, quaestio criminalis, tortura)[1]). — In dieſem Worte liegt die ganze Thätigkeit des Richters im Criminalverhöre. Aus zwei Gründen muß er fragend zu Werke gehen: einmal, weil niemand verpflichtet iſt, ihm ſeine Wiſſenſchaft von einem Verbrechen freiwillig anzutragen; dann aber, weil ſelbſt der Bereitwilligſte und Aufrichtigſte nicht im Stande ſein kann, alle die Haupt- und Nebenpunkte zu errathen[2]), auf welche es dem Gerichte ankommt. Der Inquirent, zumal der teutſche, muß nothwendigerweiſe immer die Fäden der ganzen Unterſuchung allein in Händen haben, weil er der Dirigent des ganzen Geſchäftes iſt. Es folgt von ſelbſt daraus, daß er berechtigt und verpflichtet iſt, nicht blos den Thatbeſtand der Verbrechen und die Beweisſtücke zu erheben, ſondern auch dieſen Stoff durch Fragen, welche er an alle, weſentlich oder zufällig betheiligte, Perſonen[3]) ſtellt, ſo viel als immer möglich erläutern, aufklären und berichtigen zu laſſen.

Nur er der Richter iſt daher in der Lage, Auskunft zu verlangen, und es kann umgekehrt an ihn von keiner Seite eine Frage geſtellt werden, wiewohl es unverwehrt iſt, ihn auf gewiſſe Umſtände, die er nicht zu kennen oder zu überſehen ſcheint, aufmerkſam zu machen[4]).

---

15) L. 5. D. h. t. Vgl. Glück a. a. O. S. 153.

1) Die einſchlägigen Schriften ſind ziemlich vollſtändig aufgeführt in Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes (Stuttgart 1838), S. 1084—1088, 1102. Ein Werk, oder eine Abhandlung, worin die Criminalfrage hiſtoriſch und praktiſch in allen Beziehungen erörtert und beleuchtet wäre, exiſtirt bis jetzt noch nicht.

2) Faſt regelmäßig ſuchen die Deponenten in Thatumſtänden, die ganz außerweſentlich ſind, das Hauptgewicht und übergehen umgekehrt erhebliche Dinge, welche zu errathen und zu erforſchen die Aufgabe des Inquirenten iſt; ja, es läßt ſich behaupten, daß niemand, als ein Inquiſit oder Zeuge, der ſelbſt praktiſcher Criminaliſt iſt, einen Vortrag über ein Verbrechen machen kann, der ſo angemeſſen und erſchöpfend ausfällt, daß gar keine Zwiſchenfrage nöthig wird.

3) Kein Verbrechen kann durch bloßen Augenſchein an den hinterlaſſenen Spuren hergeſtellt werden; denn es darf ein ſolches gar nicht angenommen werden, ſo lange nicht das Hinzuwirken von Menſchen evident iſt. Luden, über den Thatbeſtand des Verbrechens (Göttingen 1840), ſagt daher S. 130 ſehr richtig: Die Verletzung des objectiven Rechtes kann nicht in der verbrecheriſchen Erſcheinung für ſich allein liegen, ſondern nur, inſofern dieſelbe durch eine rechtswidrige, doloſe oder culpoſe, Handlung hervorgebracht worden war. Vgl. Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. 4, S. 836.

4) Im Anklageprozeſſe kommt wohl zuweilen eine an den Richter geſtellte Frage vor, wie die franzöſiſchen Aſſiſenberichte lehren; aber es bleibt dieß immer ein Verſtoß gegen Princip und Schicklichkeit, wie ſie dort auch außerdem gar

Unter dem Worte Frage iſt daher im Criminalverfahren nichts Anderes zu verſtehen, als eine Frage des Verhörrichters, gebaut auf actenmäßige Thatſachen oder Verdachtsgründe[4]). Hieran knüpft ſich von ſelbſt das Bedenken: wie dem erſten Verhöre, welches in irgend einer Unterſuchung abgehalten wird, gleich actenmäßige Thatſachen zu Grunde liegen können, indem ja der Zweck eines ſolchen Verhöres gerade darin beſtehen kann, daß der Richter erfahren möchte, ob überhaupt eine Geſetzesverletzung begangen worden ſei. Das iſt es aber gerade, was der geläuterte Inquiſitionsprozeß[6]) verhindern will. Die richterliche Thätigkeit ſoll niemals auf bloße Vermuthungen oder gar aus dienſtfertiger Neugierde beginnen, ſondern vielmehr einen glaubhaften Anſtoß von außen abwarten und niemand zumuthen, den Mangel einer factiſchen Grundlage des Verfahrens zu ſuppeditiren oder zu ergänzen[7]). Die Unterſuchung nimmt ihren Ausgangspunkt von einer öffentlichen oder Privatanklage oder Denunciation, und was man Einſchreitung von Amtswegen nennt, iſt bekanntlich nichts Anderes, als eine auf allgemeines Gerücht[8]) oder einfache Anzeige eines Unterbeamten oder einer für die Handhabung der Gerechtigkeit ſich intereſſirenden Perſon[9]) gebaute Unterſuchung. Actenmäßig muß alſo irgend eine Grundlage gemacht ſein, ehe der Richter zum Criminalverhöre übergehen darf. Durch dieſe Bedingung, welche kein Kenner des Unterſuchungsprozeſſes in ſeiner wahren Bedeutung verwerfen kann, iſt von vorn herein geſorgt, daß die Fragen des Inquirenten nicht in voreilige oder unnöthige Beläſtigungen ausarten. Dieſe Sorge iſt um ſo mehr geboten, als die Fragen eines Criminalrichters von gewöhnlichen Fragen auch dadurch noch ſich unterſcheiden, daß die Antwort darauf nicht verweigert werden darf[10]), ja es kann der Richter ſo weit gehen, daß er den Ungehorſamen mit Strafen belegt. Würde man nun keine Grenze ſetzen, wo das Fragerecht anfängt und aufhört, ſo wäre überall Willkür und leidenſchaftliche Verfolgung möglich. Verlangt man jedoch einen actenmäßigen Grund zur

---

häufig vorkommen. Vgl. Mittermaier, das teutſche Strafverfahren, 3. Aufl., Th. 1, S. 467.

5) Eine Begriffsbeſtimmung der Criminalfrage fehlt in den meiſten Lehrbüchern des Prozeſſes, und doch würde dadurch viel zur Berichtigung der Anſichten zu gewinnen ſein. Eine Umſchreibung des Begriffes findet ſich in Stecher, über captiöſe Fragen (München 1810), §. 3.

6) Müller, Lehrbuch des Criminalprozeſſes (Braunſchweig 1837), §. 77.

7) Darauf beruht auch die Behauptung in v. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Unterſuchungskunde (Frankfurt 1838), §. 276: daß es unpaſſend ſei, die Angeſchuldigten zu fragen, ob ſie wüßten, warum ſie in Unterſuchung gezogen ſeien? — S. dagegen Mittermaier a. a. O. Th. 1, S. 486. — Abegg, im Archiv des Criminalrechtes Jahrgang 1841, S. 206 flg.

8) Püttmann, elementa iur. crim. (Lips. 1779.) §. 763. — Cap. 24. X. de accus. CCC. art. 6.

9) S. hierüber beſonders Duverger, Manuel des iuges d'instruction. (Paris 1839.) T. I. p. 466—482. Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. (Königsberg 1833), §. 151.

10) Henke a. a. O. Bd. 4, S. 844: Auch bloße Beziehungen und Verweiſungen auf die in früheren Verhören gemachten Ausſagen ſind ungenügend.

Anordnung des Verhöres, ſo iſt damit allerdings der Anfang ſicherer als der Endpunkt beſtimmt. Hierüber läßt ſich blos ſo viel ſagen, daß das Verhör nicht über den Inhalt der vorher gebildeten Acten hinausgehen darf; dieſen Inhalt aber in alle denkbaren Richtungen und Einzelnheiten zu verfolgen, iſt ein unbeſchränktes Recht[11]) des Inquirenten, ja es beſteht darin gerade ſeine Kunſt[12]), und ſein ganzes Werk würde ein leerer Schematismus, ein todtes Gerippe bleiben, wenn er nicht von jener Baſis aus, ſei ſie auch noch ſo gering und ſcheinbar unbedeutend, die ganze im Dunkeln liegende Geſchichte zu entwickeln, das ganze Gemälde der That aufzurollen ſuchen dürfte. Die Schranke, welche ihn dabei beherrſcht, bleibt lediglich die, daß er blos das Gegebene in ſeine Beſtandtheile, den Keim der Wahrheit gleichſam in Atome zerlegen, nirgendwo aber in Suppoſitionen[13]) übergehen darf, welche eine ganz andere Thatſache, die bisher noch nicht zur Sprache gekommen iſt, willkürlich vorausſetzen und Phantaſiegebilde zu factiſchen Vorgängen zu ſtempeln ſuchen.

Durch das nackte Wort Frage iſt eigentlich die große theoretiſche Verwirrung, woran dieſe Lehre zum Theil noch leidet, in die Grundſätze des Criminalverhöres gekommen. Man fing an, den Begriff buchſtäblich zu nehmen; bald konnte man ſich keine Verhörsfrage ohne Fragezeichen mehr denken, und wenn der Stoff ſich gerade nicht zu dieſer Form eignete, ſo wurde er hineingezwängt[14]). Daß auf dieſe Art gar Manches in interrogatoriſcher Geſtalt fehlerhaft, ja widerſinnig erſchien, kann gar nicht befremden; denn die Sprache macht ihre Rechte gegen jede Willkür geltend, ſo daß das Beſte, wenn man es verkehrt ſagt, ſeine Bedeutung, ſeinen Werth verliert. Man ſollte meinen, daß es auf platter Hand liege, wie ein Inquirent, dem der Inquiſit die Antwort, d. h. die Auskunft auf die vorgelegten Fragen, gänzlich verweigert, und keine andere Rede führt als: Ja! Nein! und: Ich weiß von nichts[15]), am Ende doch nicht umhin kann, das Geſpräch in einer Weiſe fortzuſetzen, wo er dem hartnäckigen Gegner dasjenige, was er nicht wiſſen will, aus eigener Kenntniß vorſagt[16]) und ihn anhält, darauf irgend eine Erklärung zu

11) Praecipue opera danda est iudici, ut nihil, quod ad summam rei pertinet, praetermittat. Püttmann l. c. §. 815.

12) Mittermaier a. a. O. Th. 1, S. 486, 487.

13) Parſt, über Suggeſtionen (Landshut 1810), §. 6.

14) Z. B. anſtatt zu ſagen: Man muß Euch eröffnen, daß Ein Zeuge an jenem Orte Euch geſehen haben will, — fragen Manche: Wißt Ihr nicht, ob Zeuge N. an jenem Orte Euch geſehen hat? — Oder ſtatt des Vorhaltes: Um jene Nachtſtunde, wo Ihr geſehen wurdet, pflegt Niemand mehr ſpazieren zu gehen, die Frage: Seid Ihr etwa ſo ſpät noch ſpazieren gegangen? — Beide Fragen verfehlen ihren Zweck.

15) Einige Beiſpiele ſ. in Pfiſter, merkwürdige Criminalfälle Bd. 5, S. 424 flg., und v. Jagemann, Handbuch der Unterſuchungskunde Bd. 2, Nr. 180, 295.

16) Stryk, de iure suggest. cap. 4. nr. 90. Boehmer, Observ. ad Carpzov. quaest. CXIII. obs. 4. v. Quiſtorp, Grundſätze des peinl. Rechtes S. 76.

geben, wodurch es conſtatirt wird, ob er die ſpeciellen Thatſachen, welche dem Gerichte ſchon bekannt ſind, weiter aufklären könne oder wolle. So lange dieſes nicht geſchehen, bleibt eine erhebliche Lücke im Prozeſſe; denn es mag das Netz der Anſchuldigung noch ſo klug angelegt und der ſtandhafte Lügner noch ſo ſicher umgarnt ſein, ſo wird doch kein gewiſſenhafter Richter ihn verurtheilen, ſo lange er nicht über den vorliegenden Acteninhalt vernommen[17]) iſt. Gibt er auf ſolche Eröffnungen abermals keine Antwort, ſo iſt die Lage nun doch eine ganz veränderte: der Angeſchuldigte kann nimmermehr ſagen, daß er ungehört gerichtet ſei und mag er noch ſo viele Einwendungen und Gegenbeweisgründe haben, ſo iſt das Gericht nicht veranlaßt, ſolche zu vermuthen und zu unterlegen, ſondern es bleibt vielmehr die ganze Verantwortung eines etwaigen Irrthums auf dem Inquiſiten ſelbſt[18]), dem ja übrigens auch hier noch das Rechtsmittel der Wiederherſtellung wegen neuer Beweismittel[19]) zu Handen bleibt.

Daraus ergibt ſich augenſcheinlich, daß der Unterſuchungsrichter im Verhöre mitunter auch in einer anderen als der ſtrengen Frageform den Inquiſiten oder Zeugen anregen muß. Eben durch dieſe Abweichung von der Regel, als welche die eigentliche Frage immer gelten muß, iſt aber der Verhörrichter allein in Stand geſetzt, ſein Geſchäft, trotz der dazwiſchen gelegten Hinderniſſe, ohne eine Verletzung der Unpartheilichkeit und Redlichkeit, zu vollenden.

Hier ſtößt man auf die Controverſe von der Suggeſtivfrage[20]), welche von Einigen für unbedingt, von Anderen für bedingt verwerflich, von manchen Praktikern aber auch für durchaus zuläſſig angeſehen wird.

Man muß auf die vorhin gegebene Definition der Criminalfrage überhaupt zurückgehen, um hierüber ins Klare zu kommen. Auf actenmäßigen Grund ſoll eine regelrechte Frage gebaut ſein. Daran, aber

17) Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 1, S. 486, bemerkt: Ueber Alles, was auf die Beurtheilung des Falles Einfluß hat, muß auch der Inculpat befragt und daher ihm möglich gemacht werden, über jede Thatſache, woraus der Richter Verdacht ableiten könnte, ſich zu erklären. Stübel, das Criminalverfahren Bd. 4, §. 1968.

18) Wenn dieſer allein die Mittel in Händen hat, eine Dunkelheit aufzuklären und er thut es nicht, ſo kann die Juſtiz für ein materiell vielleicht ungerecht ausfallendes Urtheil nicht verantwortlich ſein. Martin, Lehrb. des Criminalproz. (Heidelb. 1836), S. 177.

19) Dieſelbe kann in Folge der weiteren Vertheidigung oder der Reaſſumtion der Unterſuchung eintreten, je nachdem ſie vor oder nach vollzogenem Urtheile impetrirt wird. Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. §. 189. Müller, Lehrbuch des Criminalproz. §. 231—233.

20) Die bemerkenswertheſten Schriften hierüber ſind: Kleinſchrod, über die Suggeſtivfragen des Richters. Würzburg 1787. Grattenauer, über den Begriff der Suggeſtivfragen. Berlin 1803. Preu, nonnulla de sugg. in proc. crim. obvenientibus. Lips. 1804. Parſt, über Suggeſtionen und ihre Gefährlichkeit im Criminalproz. Landshut 1810. Stübel, de interr. sugg. Wittenb. 1811.

auch nur daran[21]), iſt feſtzuhalten, und wer noch weiter gehen, und auch die durch Voracten begründete Verhörsfrage in Fällen, wo der Inquiſit mit den aufzuklärenden Thatſachen nicht zuvorkommt, verpönt wiſſen will, der muß entweder von dem Verhörsgeſchäfte keine richtige Vorſtellung oder geradezu die Abſicht haben, die Lüge und den Ungehorſam zu privilegiren: denn es muß wiederholt werden, daß der Richter, wenn er von den ihm bereits bekannten Thatſachen gegen den ſchweigſamen Inquiſiten gar keinen Gebrauch machen darf, bei den Meiſten nach der erſten verneinten Frage innehalten und ſeinen ganzen Plan aufgeben müßte[22]); denn die geiſtloſe Arbeit wird man ihm wohl nicht zumuthen, daß er den ganzen Lebenslauf und die Zeit und den Ort des Verbrechens mechaniſch durchfragt[23]), um jedesmal wieder dieſelbe ablehnende Antwort: Ich weiß es nicht, oder: Ich erinnere mich nicht[24]), niederzuſchreiben, um am Ende doch nur ein Protocoll zu liefern, das leere Spreu und keineswegs die nöthige Grundlage zu einem Erkenntniſſe liefert.

Beſeitigt man das Wort Frage und ſetzt dafür das Wort Criminalfrage[25]), mit der Bedeutung, daß alle Anreden des Richters, wodurch er von einer im Verhöre ſtehenden Perſon irgend eine Auskunft verlangt, darunter verſtanden werden, ſo iſt man mit einem Male über alle Bedenken hinaus. Criminalfrage iſt nämlich ſchon der Zuſammenſetzung nach keine gewöhnliche Frage, und man kommt daher nicht mehr in Verſuchung, zu glauben, daß der In-

---

21) Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 1, S. 495, meint zwar, daß es mit dieſem Erforderniſſe allein zum Erlaubtſein nicht genüge, ſondern es müſſe der Inquirent zuerſt ohne Suggeſtion die Erklärung des Inculpaten über das Daſein oder die Beſchaffenheit der Thatſache zu erhalten ſuchen; — aber es ſcheint doch wohl klar, daß man eine Thatſache, über die man eine Erklärung haben will, erſt zur Sprache bringen, alſo doch wieder, wenn auch nicht mit allen Nebenumſtänden, ſuggeriren muß, indem ſonſt der Inculpat gar nicht wiſſen kann, worüber er ſich äußern ſoll. Es iſt ſchon von vorn herein eine Suggeſtion, wenn man fragt: Ob und Was dem Inculpaten von einem gewiſſen Verbrechen bekannt ſei? — Nur davor hat man ſich zu hüten, daß man im Suggeriren nicht weiter geht, als was die Feſtſtellung der Verhörspunkte erfordert.

22) In dieſem reſtrictiven Sinne ſind auch die hierher gehörigen Geſetzesſtellen L. 1. §. 21. D. de quaest. (48. 18.) und p. G.-O. Art. 31, §. 1, Art. 56, zu interpretiren.

23) Man kann allerdings halbe Tage fort ordinäre Frage ſtellen, welche alle die äußeren und inneren Zuſtände berühren, in denen der Menſch zu leben pflegt; was iſt aber damit gegen einen halsſtarrigen Leugner gewonnen?

24) Selbſt Stübel, Criminalverfahren Bd. 4, der ſonſt ſehr entſchieden gegen Suggeſtionen ſich erklärt, räumt in dieſem Falle dieſelben ein, wenn nämlich der ſuggerirte Umſtand aus anderen richterlichen Erkenntnißquellen erhellet, §. 1988.

25) Dieſer Ausdruck iſt zwar in der hier verſuchten Anwendung auf die Wiſſenſchaft noch nicht anderwärts eingeführt; aber es läßt ſich ſchwerlich einer finden, der dem Sachverhältniſſe beſſer entſpricht. Ueberhaupt iſt, wo die Unterarten ſo ſehr wie hier im Streite liegen, mit Collectivbegriffen immer viel gewonnen.

quirent nicht anders verfahre, als irgend ein Privatmann, der etwas Verborgenes herausfragen will.

Die Criminalfrage ſpaltet ſich in die eigentliche Frage und die Vorhaltsfrage. Es wird viel zur Aufklärung des Gegenſtandes gewonnen ſein, wenn man dieſe beiden Arten etwas ſchärfer ins Auge faßt.

Die *Criminalfrage im engeren Sinne*[26]) iſt eine ſolche, wodurch der Vernommene veranlaßt wird, in Bezug auf eine Thatſache, deren Kenntniß er im allgemeinen ſchon zugegeben hat, eine Erläuterung über andere damit zuſammenhängende Thatſachen oder über die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu vermuthenden Nebenumſtände zu ertheilen.

Die *Criminalfrage in Vorhaltsform*[27]) iſt eine ſolche, wodurch der Vernommene in die Lage geſetzt wird, ſich über eine Thatſache, deren Kenntniß ihm, wiewohl er ſie mit Stillſchweigen übergeht, oder ſogar ableugnet, zugetraut werden darf, zu äußern[28]).

Jede *Vorhaltsfrage* ſuggerirt alſo *nothwendig* irgend etwas, das noch nicht über die Lippen des Verhörten gekommen iſt, aber es iſt dieſes eine Suggeſtion nicht nur erlaubter, ſondern *gebotener* Art, weil der Richter den vorhandenen Stoff, nicht blos der Wahrheitserforſchung wegen, ſondern im eigenen Intereſſe des Inquiſiten, der vielleicht zur Widerlegung etwas anführen kann[29]), zur Sprache zu bringen hat.

Eine wirklich *verbotene* und daher unbedingt zu unterlaſſende Suggeſtion iſt blos diejenige, wodurch der Richter in die Criminalfrage eine Thatſache als ihm ſelbſt bekannt einführt, ohne daß von derſelben bisher in den Acten Erwähnung geſchehen wäre.

Der Combinationsgeiſt des Menſchen iſt bekanntlich immer thätig, um ſo mehr aber bei einem Unterſuchungsrichter, der weſentlich darauf angewieſen iſt, den Zuſammenhang dunkler Thatſachen zu erforſchen;

---

26) Es verſteht ſich, daß die interrogatoriſche Form die *Regel* des Verhöres bildet; denn man hat es zum Glücke nur ausnahmsweiſe mit ſo verſtockten Inquiſiten zu thun, daß ſie gar keine Auskunft geben. So oft ſich jedoch Widerſprüche oder Lügen ergeben, kommt die Reihe an die eingebenden Fragen, d. h. an den Vorhalt des erwieſenen Gegentheiles.

27) Da der Verhörte immerhin eine Antwort geben ſoll, wenn auch die Anrede nicht interrogatoriſch iſt, ſo bleibt die Grundform doch die einer Frage (im weiteren Sinne). Man hängt dann gewöhnlich zum Schluſſe eine Frage an, wie etwa: Was ſagt Ihr dazu? Wie verhält ſich dieſes? Könnt Ihr darüber Auskunft geben? u. ſ. w.

28) *Bauer*, Lehrbuch des Strafproz. (Göttingen 1835), ſagt: Durch Vorhalte ſucht man den Angeſchuldigten zu überzeugen, daß er bereits überwieſen ſei, oder doch, daß die Ueberführung erfolgen werde. — Es ſcheint aber in der Definition weſentlich zu ſein, daß der Inculpat nicht aus freien Stücken die fraglichen Thatſachen erläutern will, und ſie *deßhalb* vom Richter in Erwähnung gebracht werden muß.

29) Würde man überall dieſen *Haupt*geſichtspunkt feſtgehalten haben, ſo wäre die große Beſorgniß vor Suggeſtionen gewiß ſehr geſchwunden. Eine ſehr aufgeklärte Anſicht darüber hat *Henke* in ſeinem Handbuche des Criminalrechtes Bd. 4, S. 685.

wie leicht ſich daher der letztere verleitet ſehen kann, eine Thatſache, die das Mittelglied zwiſchen zwei anderen ſchon hergeſtellten Thatſachen bilden dürfte, förmlich vorauszuſetzen, anſtatt daß er ſich mit einer ſtillen Vermuthung begnügen ſollte, dieſes geht aus der Natur der Sache hervor[30]), und es iſt daher eine weiſe Vorſicht des Geſetzgebers, ein ſolches Verfahren ausdrücklich zu verbieten, ja unter Umſtänden die Strafe der Nichtigkeit darauf zu drohen. Nicht blos, weil eine ſolche Suggeſtion gewiſſermaßen eine Unredlichkeit, ja Hinterliſt, wodurch die Würde des Richters ſehr herabgeſetzt wird, enthält, ſondern hauptſächlich aus dem Grunde muß dieſelbe möglichſt verhütet werden, weil ſie leicht dazu führen kann, daß der Gefragte, ſelbſt vielleicht nicht mehr wiſſend, wie ſich eine Sache, bei der er thätig war, zugetragen hat[31]), aus blindem Zutrauen für den Richter die ſuggerirten Umſtände als wahr zugeben und ſomit durch ein Geſtändniß ſcheinbar außer Zweifel ſtellen könnte. Damit iſt aber natürlich dem Gerechtigkeitsprincipe[32]) ſchlecht gedient. Wahrheit, und nicht zu ſcheinbarer Gewißheit erhobene Suppoſitionen, ſuchen die Criminalgerichte. Erhalten ſie dagegen abgelockte unzuverläſſige Geſtändniſſe, ſo können ſie doch kein Urtheil darauf bauen[33]), es müßte denn gerade ſein, daß dieſelben in den Acten trügeriſcher Weiſe ſo erſcheinen, als wären ſie aus freien Stücken angetragen worden[34]).

Die verbotene Suggeſtion nimmt wiederum einen verſchiedenen Charakter an, je nachdem ſie in eigentlicher Frage= oder in Vorhaltsform vorgebracht wird.

Wenn z. B. Inculpat geſtändig iſt, den Cajus verwundet zu haben, jedoch nur durch Anwendung der Fauſt, ſo kann es nach der Beſchaffenheit der verurſachten Wunde allerdings wahrſcheinlicher ſein, daß die Hand mit einem ſchneidenden Inſtrumente bewaffnet war. Auf dreierlei Art kann der Inquirent von dieſem Moment des Thatbeſtandes, bezie=

---

30) Man muß nur niemals vergeſſen, wie unnatürlich und einſeitig die Stellung des Inquiſitionsrichters iſt. Er mag ſich noch ſo ſehr der Unpartheilichkeit befleißigen, ſo bleibt er ſtets Ankläger und als ſolcher kann er gar leicht zu weit geführt werden. Vgl. Martin, Lehrb. des Criminalproz., 4. Aufl., S. 30. Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunſt, 3. Aufl., S. 39.

31) Die meiſten Verbrechen werden in einem Zuſtande der Aufregung, ſei es durch Zorn, Rachegefühl, Habgier, Furcht oder Schrecken, begangen. Friedreich, Syſtem der gerichtlichen Pſychologie, 2. Aufl. (Regensburg 1842), S. 104. Kleinſchrod, über Suggeſtionen, in ſeinen Abh. aus dem peinl. Rechte (Erlangen 1797), S. 79.

32) Abegg, in der von v. Jagemann und Nöllner herausgegebenen Zeitſchrift für teutſches Strafverfahren Bd. 1, S. 299.

33) P. G.=O. Art. 20, 32. — Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. S. 176—181.

34) Darum erinnert C. A. Weiske, Handbuch des Criminalprozeſſes (Leipzig 1840), S. 145: Es ſolle jede einzelne (weſentliche) an den Beſchuldigten gerichtete Frage zu Protocoll genommen werden. Denn nur ſo erhält der Strafrichter ein ziemlich klares Bild von dem Acte. — Vgl. v. Jagemann, Handbuch der Unterſuchungskunde Bd. 1, §. 573.

hungsweiſe Anſchuldigungsbeweiſes[35]) Gebrauch machen. Er kann die Frage ſtellen: Habt Ihr bei dem Schlage ein Meſſer angewendet? — oder den Vorhalt: Ihr habt ohne Zweifel dieſen Schlag mit einem Meſſer geführt.

Beide Formen ſind geſetzwidrig. Denn durch die Frage wird dem Angeſchuldigten ein Zugeſtändniß in den Mund gelegt, welches durch keine anderen Gründe unterſtützt und mithin jedenfalls unzuverläſſig[36]) iſt. Die Vorhaltsform iſt aber noch weit bedenklicher, indem der Richter das, was er erfahren möchte, geradezu vorausſetzt und daher den Inculpaten einſchüchtern[37]) und zu unzeitiger Nachgiebigkeit beſtimmen kann.

Die dritte Form, wie man ſich jenes Momentes bedienen könnte, wäre folgende: Nach dem Gutachten der Sachverſtändigen iſt es wahrſcheinlich[38]), daß Ihr mit bewaffneter Hand den Schlag gegen Cajus geführt habt. Erklärt Euch hierüber aufrichtig.

Dieſe Art des Vorhaltes iſt gewiß als eine erlaubte zu betrachten[39]); denn es wird darin nicht weiter gegangen, als der Acteninhalt geſtattet, und es iſt daher auch die darin liegende Suggeſtion unverwerflich.

Bei dieſer Gelegenheit muß noch angeführt werden, daß die erlaubte Suggeſtion nicht gerade auf die nackten Thatſachen, die etwa vom Inculpaten ignorirt oder geleugnet ſind, beſchränkt bleibt, ſondern auch weiter auf Vernunftſchlüſſe übergehen kann, die ſich aus dieſen Thatſachen entwickeln[40]) laſſen. Die Beſchränkung liegt blos darin, daß der Inquirent ſolche Schlüſſe nicht für Wahrheit, ſondern eben nur als Producte ſeines Nachdenkens und ſeiner Combination in das Verhör einführt: denn in dieſer Weiſe kann eine Hintergehung niemals befürchtet werden, weil ja der Verhörte offen unterrichtet wird, daß es ſich nicht von einer bereits deponirten Thatſache, ſondern blos von einer richterlichen Vermuthung[41]) handle. Wenn z. B. bewieſen iſt, daß

---

35) Martin, Lehrbuch des Criminalprozeſſes §. 137.

36) Parſt, über Suggeſtionen S. 48, erkennt das Gefährliche einer ſolchen Frage darin: daß das vorgelegte Factum ein weſentliches des zu erforſchenden Verbrechens, und daß die Möglichkeit ausgeſchloſſen ſei, die gegen die Glaubwürdigkeit einer Ausſage obwaltenden Zweifel im Moment zu beſeitigen. Aber damit iſt die Grenze viel zu unbeſtimmt gezogen; denn als möglich läßt es ſich faſt immer annehmen, daß der Inculpat eine, wenn gleich ſuggerirte, Thatſache aus eigener Wahrnehmung ſchon wußte.

37) Selten kommt übrigens ein Subject vor, welches, trotz des Gefühles der Unſchuld, ſich ſo leicht einſchüchtern ließe.

38) Dieß iſt der Charakter eines Indiciums. Mittermaier, die Lehre vom Beweiſe im Strafprozeſſe (Darmſtadt 1834), §. 55.

39) Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 129, Nr. 4. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4. v. Jagemann, Handb. der Unterſuchungskunde Bd. 1, §. 570, 571.

40) Das Schließen iſt diejenige Aeußerung des Denkens, wodurch das mögliche Verhältniß zweier Vorſtellungen gegen einander, mithin der mögliche Zuſammenhang der durch die Vorſtellungen ausgedrückten Dinge dargeſtellt wird als gegründet in dem Totalzuſammenhange oder in dem Totalverhältniſſe anderer Vorſtellungen. Hillebrand, Grundriß der Logik (Heidelberg 1820), §. 327.

41) Nicht praesumtiones iuris, ſondern praesumtiones iudicis s. hominis ſind darunter verſtanden. — Martin, Lehrbuch des Criminalprozeſſes,

der des Diebſtahls mit Einbruch bezüchtigte Inculpat zur Zeit der That mit einem Brecheiſen dicht bei dem fraglichen Hauſe herumſchlich und nachher im Beſitze eines damals entwendeten, wohlgezeichneten Fruchtſackes betroffen wird, ſo kann den Inquirenten nichts hindern, dem leugnenden Inculpaten gegenüber, folgenden Vorhalt zu machen:

Es iſt bewieſen, daß Ihr kurz vor dem geſchehenen Einbruche an jenem Hauſe mit einem Brecheiſen in der Hand herum ſchlichet; — es iſt bewieſen, daß Ihr des anderen Morgens im Beſitze eines Fruchtſackes wart, den der Eigenthümer des Hauſes als einen Theil des ihm damals entwendeten Gutes anerkennt: der Richter iſt daher, ſo lange Ihr nicht über jenen Aufenthalt und über dieſen Beſitz Euch auf redliche Art auszuweiſen[42]) vermögt, zu der Vermuthung berechtigt, daß Ihr an dem fraglichen Diebſtahle mit Einbruch mindeſtens betheiligt ſeid.

Wer in dieſer Suggeſtion etwas Bedenkliches erkennt, wird ſofort widerlegt ſein, wenn man darauf aufmerkſam macht, daß das Vorgefallene in ſeinem Weſen nichts Anderes als die Angabe eines vorhandenen Beweismittels, nämlich eines Indiciums, iſt; denn daß ein ſolches darin liege, kann wohl kein Menſch bezweifeln; es gehört aber, wie ſchon ausgeführt wurde, zu den weſentlichſten Pflichten des Inquirenten, über den Stand der Anſchuldigungsweiſe den Inculpaten ſtets aufzuklären[43]).

Nun muß noch von einer weiteren Art von Criminalfragen geſprochen werden, welche noch weit verſchrieener ſind, als die Suggeſtionen, nämlich von den captiöſen oder verfänglichen Fragen[44]), bei welchen aber nicht minder, wie bei den vorigen, zwiſchen erlaubten und unerlaubten zu unterſcheiden iſt.

Eine captiöſe Frage iſt eine ſolche, durch welche der Befragte veranlaßt werden kann, eine Antwort zu geben, woraus ein bisher zurückgehaltenes Geſtändniß als Schlußfolge[44a]) hervorgeht.

Man hat verſucht, das Criterium aufzuſtellen, daß es nur darauf ankomme, ob der Gefragte gegen ſeine Ueberzeugung, oder gegen ſeinen Willen etwas einzuräumen veranlaßt werde[45]). Dieſes iſt aber

---

4. Aufl., S. 233. Vgl. Stübel, Criminalverfahren Bd. 2, §. 953, und Mittermaier, Strafverfahren Th. 2, S. 328.

42) Daß ein ſolcher Unſchuldsbeweis nothwendig ſei, wenn Inculpat gänzliche Freiſprechung verlangt, muß ihm angedeutet werden. Vgl. Cavan, Anweiſung zu Criminalprozeſſen (Berlin 1805), §. 247 a. E.

43) Kleinſchrod ſagt im a. Archiv des Criminalrechtes Bd. 1, S. 19: Der Richter muß ſich alle Möglichkeiten, die bei dem Falle gedenkbar ſind, im Voraus vorſtellen; aber nicht, um ſie für Gewißheit zu halten, ſondern um ſie dem Inquiſiten nach und nach vorzulegen, um zu erfahren, wie es allenfalls bei dem Verbrechen könne zugegangen ſein.

44) Stecher, über captiöſe Fragen im Criminalprozeſſe. München 1816. Kitka, in Wagner's Zeitſchrift für öſterr. Rechtsgelehrſamkeit, 1834, Auguſtheft S. 84. Stübel, Criminalverfahren Bd. 4, §. 1992—1997.

44a) Mit Recht ſcheidet Stübel a. a. O. §. 1992, Anm. a, von dieſem Begriffe die dunkeln, zweideutigen, unbeſtimmten, confuſen und andere zweckwidrigen Fragen aus. S. dagegen Grolman, Grundſätze der Criminalrechtswiſſenſchaft §. 469.

45) Bauer, Lehrb. des Criminalproz. §. 128, Ziff. II.

wohl nicht richtig, weil zum Geſtändniſſe nothwendig der animus confitendi gehört und mithin in dem einen wie im anderen Falle das Reſultat ein fehlerhaftes wäre [46]). Häufig führt eine allgemein geſtellte und eben ſo beantwortete Frage auf dem nächſten und doch zuverläſſigſten Wege zum Bekenntniſſe [47]).

Man fragt z. B. einen der Brandſtiftung Angeſchuldigten: Was würdet Ihr dazu ſagen, wenn Euch ein fremder Menſch in die Scheuer ginge, daſelbſt unter dem Vorwande, Feuer zum Tabakrauchen zu ſchlagen, Schwamm entzündete, denſelben ins Heu fallen ließe und ſich davon machte, während die Scheuer in Flammen geriethe? Inculpat, wenn er ſich bisher auch, unter ganz gleichen Umſtänden, auf das Leugnen verlegte, könnte nicht wohl umhin, zu antworten: Ich würde einem ſolchen Menſchen zutrauen, daß er darauf ausgegangen ſei, meine Scheuer in Brand zu ſtecken [48]); — hieran reiht ſich dann die weitere Frage: Was ſoll man von Euern Abſichten halten, da Ihr, als der Feind des N. bekannt, überwieſen ſeid, in deſſen Haus mit Brennmaterial geſchlichen zu ſein, worauf daſſelbe ſofort in Flammen aufging?

Dieſe beiden Fragen in ihrem Zuſammenhange muß man wohl als captiös erkennen und demnach würde ein etwa erfolgendes Geſtändniß der abſichtlichen oder fahrläſſigen Brandſtiftung unanfechtbar daſtehen; denn das Verfängliche liegt ja nur in dem Sprunge von einem offenbar fingirten auf den concreten Fall, und dem Inquiſiten iſt keine andere Gewalt angethan, als die der Logik und vielleicht einer plötzlichen Gewiſſensrührung [49]).

Solchergeſtalt können aber gar viele Fragen im Criminalverhöre vorkommen und man würde das unentbehrliche Hilfsmittel der Kriegsliſt [50]) dem teutſchen, auf Erlangung des Geſtändniſſes ſo ausdrücklich hingewieſenen, Inquirenten entziehen, wenn er ſolcher Ueberraſchungen ſich gar nicht mehr bedienen dürfte. Erlaubt iſt die verfängliche Frage demnach immer, wenn

---

46) Quiſtorp, Grundſätze des peinlichen Rechtes Th. 2, §. 684: Das Geſtändniß muß mit völliger Ueberlegung und nicht in einem Zuſtande der Unbeſinnlichkeit abgelegt ſein.

47) Kleinſchrod, im a. Archiv des Criminalrechtes Bd. 1, St. 1, S. 35, ſagt: Die Klugheit kann es manchmal erfordern, durch Umwege und Wendungen nach der Wahrheit zu forſchen, zuerſt allgemeine Fragen voranzuſchicken und dann erſt auf das Specielle überzugehen.

48) In der That könnte ein Inculpat kaum, ohne ſich auf's Neue zu verdächtigen, etwas Anderes zur Antwort geben. Dieß iſt gerade die ſchönſte Seite der Inquirirkunſt, daß durch die Gewalt der Vernunftgründe das Ziel der Wahrheit erſtrebt werde. — Stecher, über captiöſe Fragen S. 57.

49) Damit iſt nicht zu verwechſeln die Gemüthsverwirrung. Mittermaier, Strafverfahren Th. 1, S. 497.

50) Sehr erwünſcht wäre es, wenn ein neuerer Criminaliſt dieſes Thema zum Gegenſtande einer Abhandlung machen wollte. Unbefriedigend iſt, was Klein, im a. Archiv des Criminalrechtes Bd. 1, S. 54, darüber ſagte. Zu wenig Rückſicht nimmt hierauf Stübel a. a. O. §. 1994.

ſie dem Inquiſiten nicht etwas Actenwidriges vorſpiegelt oder einen Trugſchluß[51]) herbeiführt.

Hieraus ergibt ſich von ſelbſt das Umgekehrte, nämlich die Natur der unzuläſſigen captiöſen Fragen.

Würde man z. B. einen Inculpaten, der die Anſchuldigung der Bigamie geleugnet hat, fragen: Wo wurde Eure Trauung mit der Frau N. vollzogen? und der Inculpat ließe ſich in einem unbewachten Augenblicke dadurch zu der Angabe eines Ortes dieſer Trauung verleiten, ſo wäre, ſelbſt im Falle, daß dieſer Ort auch aus anderweiten Beweismitteln hervorginge, kein glaubhaftes Geſtändniß[52]) damit erlangt, weil es auf der willkürlichen Vorausſetzung eines nicht vorhandenen[53]) früheren Geſtändniſſes beruhen würde.

Ebenſo wäre eine Vorhaltsfrage verwerflich, die etwa ſo lautet: Ihr werdet einſehen, daß kein Anderer, als Ihr, das verletzende Glas an den Kopf des N. geworfen haben kann, weil Ihr in jenem Augenblicke allein vor ihm ſtandet? — Daraus, daß der Inculpat etwa ſelbſt angegeben hat, zunächſt geſtanden zu haben, folgt noch keineswegs, daß er der Verletzer war; denn es kann ja ein Wurf mit eben ſo viel Sicherheit und ſogar noch heftiger aus der Ferne, als aus der Nähe, geſchehen ſein[54]). Ein darauf abgelegtes Bekenntniß würde deßhalb keine Beweiskraft haben; denn es könnte leicht der Inculpat ſich dabei in einer Illuſion befunden haben, die niemand anderes, als der Richter, alſo gerade diejenige Perſon erregt hätte, welche die ungetrübte Wahrheit zu Tage fördern ſollte.

Ueberhaupt mag es nicht mißverſtanden werden, wenn vorhin die Verfänglichkeit der Fragen unter gewiſſen Umſtänden als nicht verboten[55]) erklärt wurde; denn es ſoll damit keineswegs dieſer Art von Frageſtellung das Wort geredet, ſondern vielmehr blos der Anſicht vorgebeugt ſein, daß aus jeder captiöſen Frage unbedingt Nichtigkeit des betreffenden

---

51) Ein Schluß, in welchem die nothwendige Conſequenz oder das innere Totalverhältniß als vorhanden vorausgeſetzt wird, ohne es wirklich zu ſein. Hillebrand, Logik §. 357.

52) Stecher a. a. O. §. 16.

53) Hierin liegt der natürliche Grund der Nichtigkeit und man braucht ihn daher nicht weiter philoſophiſch aufzuſuchen. Vgl. Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. 4, S. 683.

54) Bei Tumulten im Wirthshauſe iſt in der Regel kein Zeuge, geſchweige der erhitzt geweſene Inculpat, im Stande, über den Hergang der Sache einen vollkommen klaren und zuverläſſigen Bericht zu geben.

55) Grolman, Grundſ. der Criminalrechtswiſſenſchaft §. 469, Anm. a, fügt dieſer Lehre noch die Bemerkung bei: Mit verfänglichen Fragen muß man nicht das Beſtreben des Richters, den Angeſchuldigten zu fangen, wie man ſich auszudrücken pflegt, verwechſeln. Dieß Beſtreben iſt Pflicht des Richters, wenn man nämlich ſich darunter nur die kluge Auswahl der erlaubten Mittel, um den Angeſchuldigten, wenn er ſollte geſtehen können, zum Bekenntniſſe zu beſtimmen. S. auch Tittmann, Handbuch der Strafrechtsw. Bd. 3, S. 361.

Actes hervorgehe[56]). Es würde in der That ſchlimm um eine große Anzahl von Unterſuchungen ausſehen, wenn die Nichtigkeit ſo ſchnell Platz greifen könnte, und man muß mit dieſer ſtrengen Remedur hier um ſo ſparſamer umgehen, als in Criminalſachen das Gutmachen eines Fehlers[57]) weit ſchwieriger als in Civilſachen, ja in der Regel gar nicht mehr möglich iſt. Ein von der höheren Idee der Gerechtigkeit und Humanität ausgehender Inquirent wird ſich auch der erlaubten captiöſen Fragen möglichſt enthalten[58]), weil ein dadurch erlangter Sieg über den widerſtrebenden Inquiſiten keine angenehme Genugthuung gewähren kann; denn alles durch Liſt Errungene will ſich mit der Würde des Richteramtes, welches mit dem Beiſpiele des aufrichtigſten Sinnes vorangehen ſoll, nicht recht vertragen.

Nach dieſen allgemeinen Sätzen wird noch eine Bemerkung erforderlich, wie die Anwendung derſelben verſchieden iſt bei Verhören mit Inquiſiten und mit Zeugen[59]).

Da die Zeugenausſagen in der Regel erſt das Material zum Verhöre mit dem Angeſchuldigten beibringen, ſo liegt es in der Natur der Sache, daß bei der Erhebung der erſteren noch nicht ſo viele Vorarbeiten da ſein können, wie bei letzterem. Da aber die eingebenden Fragen nur unter der einzigen Bedingung erlaubt ſind, daß ſie ſich auf den vorausgehenden Acteninhalt ſtützen, ſo kann es auch bei Zeugenausſagen nur ausnahmsweiſe[60]) vorkommen, daß die Suggeſtion zuläſſig erſcheint. Iſt übrigens die Lage darnach und der Zeuge zeigt ſich böswillig oder partheiiſch, ſo iſt es ſogar Pflicht, ihm dasjenige vorzuhalten, wovon er nach dem Zuſammenhange der Dinge mit Wahrſcheinlichkeit einige Kenntniß haben dürfte; denn es widerſpricht dem Inquiſitionsprincipe, daß der Richter von der Willkür einer vernommenen Perſon abhängig ſein ſoll[61]); was

56) Stecher, über captiöſe Fragen S. 60, warnt hiervor mit den Worten: Würde man unbedingt jedes durch Captionen erlangte Geſtändniß mit unheilbarer Nullität belegen, ſo würde dadurch offenbar die Strafloſigkeit begünſtigt.

57) Man ſtatuirt auch im Criminalprozeſſe einen Unterſchied zwiſchen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten. Pufendorf, obs. iur. univ. III. obs. 202. Mevius I. Dec. 154. u. II. Dec. 272.

58) Man kann um ſo mehr ſolche Fragen vermeiden, weil ihr Inhalt ſich gewöhnlich auf eine andere Weiſe ganz unverfänglich darſtellen läßt. v. Jagemann, Handbuch der Unterſuchungskunde Bd. 1, §. 566.

59) Parſt, über Suggeſtionen §. 13, 16. Stecher, über captiöſe Fragen §. 13.

60) Unbedingt erklärt ſich dagegen Martin, Lehrb. des Criminalproz. S. 138, und Temme, Commentar zur preuß. Criminalordn. (Berlin 1838), §. 320. Beide geben aber keine Mittel und Wege an, wie man von einem Zeugen, der offenbar Kenntniß von der Sache hat und nicht freiwillig davon anhebt, die nöthige Auskunft erlangen ſoll.

61) Deßhalb durfte man früher bis zur Tortur gegen halsſtarrige Zeugen einſchreiten. Quiſtorp, Grundſ. des peinl. Rechtes Bd. 2, §. 702. Mit Recht führt dabei Tittmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. 3, §. 694, noch an: Der Richter braucht keine Ueberzeugung zu haben, daß der Zeuge wirklich Kenntniß von der Sache habe, über die er befragt werden ſoll. Denn

ihm nicht freiwillig angegeben wird, muß er mit allen ihm zu Gebote ſtehenden Mitteln zu erforſchen ſuchen.

Deßwegen darf man aber doch nie außer Augen ſetzen, wie eine Suggeſtion bei Zeugen weit mehr Bedenken gegen ſich hat, als bei Inculpaten, weil nämlich der Zeuge weniger Gründe der Scheu und der Vorſicht hat, wie dieſer. Ihm iſt es ja meiſtens gleichgiltig[62]), welchen Ausgang der Prozeß nehmen wird, und es kommt ihm daher in zweifelhaften Dingen nicht beſonders darauf an, ob er für oder wider den Angeſchuldigten auszuſagen habe.

Captiöſe Fragen ſind dagegen im Zeugenverhöre ſchlechthin verwerflich[63]) und zwar aus dem Grunde, weil es nicht die Aufgabe iſt, eine Perſon, die Beweiſe beiſchaffen ſoll, ſelbſt zu überweiſen, ſondern vielmehr nur, ihr jede Gelegenheit an die Hand zu geben, dasjenige, was ihr von der Sache bekannt iſt, zur weiteren Verarbeitung im Verhöre mit dem Angeſchuldigten in die Acten niederzulegen. Benimmt ſich der Zeuge auch wirklich verdächtig, ſo kann er doch niemals den Charakter eines Delinquenten annehmen, und man hat daher kein Recht, ihm durch logiſche Künſte etwas abzunöthigen, was er nun einmal nicht weiß oder nicht wiſſen will.

So iſt die Lehre von den ſuggeſtiven und captiöſen Fragen nach dem gegenwärtigen Stande der praktiſchen Wiſſenſchaft[64]) beſchaffen, und es bleibt nur noch Eins zu rügen, daß nämlich in die Theorie die Meinung ſich eingeſchlichen hat, als ſei es weit eher ſtatthaft, von ſolchen Fragen zur Aufhellung und Verſtärkung des Entſchuldigungs-, als des Anſchuldigungsbeweiſes Gebrauch zu machen[65]). Dieſer Irrthum rührt davon her, daß man den ſogenannten favor defensionis zu weit auszudehnen[66]) gewohnt iſt. Letzterer iſt nicht anders zu verſtehen, als

---

da er ebenſo gut verbunden iſt, ſeine Unwiſſenheit in der Sache zu verſichern, ſo müſſen auch Zwangsmittel zur Bewirkung dieſer Verſicherung zuläſſig ſein.

62) Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 1, S. 495, nennt als Gründe, welche bei Zeugenverhören die Suggeſtionen gefährlich machen: den natürlichen Leichtſinn, die Schüchternheit und den Wunſch, bald vom Verhöre loszukommen. Letzterer Grund wirkt beſonders häufig mit ein, noch mehr aber zum Verſchweigen, als zum Zuvielreden.

63) Stübel, Criminalverfahren Bd. 4, §. 2472, meint zwar, daß auf die Frageſtellung bei Zeugen dieſelben Grundſätze durchgehends Anwendung finden, wie beim Verhöre mit Inculpaten. Aber darin irrt dieſer treffliche Prozeſſualiſt gewiß.

64) Die Prohibitivſätze, welche man in der Theorie zum Theil immer noch aus dem alten Rechte, wie z. B. aus L. 1. §. 21. D. de quaest. (48. 18.) und p. G.-O. Art. 31, 47, 56, ableitet, können auf unſer heutiges Verfahren nur ſehr beſchränkte Anwendung finden, weil ſie alle mit dem jetzt abolirten Folterſyſteme zuſammenhängen.

65) Cocceji de suggest. earumque iure (in Exercit. curios. Vol. I. Diss. 76.) cap. 5. §. 25. und Grolman, im Magazin für die Philoſophie des Rechtes und der Geſetzgebung Bd. 1, Heft 2, Nr. 5, S. 164—166, und nach dieſen noch mehrere Andere.

66) Vgl. darüber beſonders Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunſt §. 18.

das civilrechtliche in dubio pro reo. Es ſoll nämlich der Richter, wenn das Zünglein der Waage weder rechts noch links ſich neigen will, nicht für denjenigen, der Prätenſionen macht, ſondern für den Angegriffenen ſich entſcheiden, weil dieſer ja überhaupt in der ſchlimmeren Lage ſich befindet. Wer den Streit beginnt, mag ſich mit hinreichenden Waffen vorſehen, und wenn die Waffen beider Gegner ſo durchaus gleich ſind, daß keiner den anderen beſiegen kann, ſo iſt es nicht mehr als billig, daß der Urheber des Kampfes durch Dazwiſchenkunft eines unpartheiiſchen Dritten zurückgeſchlagen wird, damit der Streit ein Ende nehme.

Im Criminalprozeſſe ſtehen ſich Anklage und Vertheidigung auf ähnliche Art entgegen und wenn erſtere zu ſchwach iſt, um die Gegengründe aufzuheben, ſo mag ſie zurückgewieſen werden[67]).

Aus dieſem Satze kann aber doch nicht folgen, daß der Angeklagte überhaupt und in allen Stücken, und ſo auch bei der Erörterung der Exculpationsthatſachen, beſſer unterſtützt werde, als dieſes hinſichtlich des Anſchuldigungsbeweiſes ſtatthaft wäre. Gerechtigkeit iſt die leitende Idee durch alle Gerichtshandlungen und Gerechtigkeit erfordert vor Allem Gleichheit vor dem Geſetze[68]), und dieſe würde offenbar darunter leiden[69]), wenn man dem Inculpaten Thatſachen, die nicht in den Acten ſtehen, zum Beſten ſeiner Vertheidigung ſuggeriren, ſolches aber zur Beförderung der Anklage nicht dulden wollte. Solche Verirrungen kommen eben nur von dem Gefühle der Mangelhaftigkeit unſeres Criminalprozeſſes her, wo der Inquirent die drei Rollen des Anklägers, Vertheidigers und Richters zugleich auf ſich nehmen ſoll, und daher immer zu beſorgen bleibt, daß die Rückſichten für den Staat und die Regierung, alſo für die Anklage, prävaliren möchten. Deßhalb wird überall ein Gegengewicht zu Gunſten des Angeſchuldigten herzuſtellen geſucht[70]).

Die Criminalfragen werden zuweilen auch eingetheilt in General- und Specialfragen[71]); die erſteren haben die Erörterung der perſönlichen und Vermögensverhältniſſe des Verhörten zum Zwecke; die letzteren aber gehen auf den eigentlichen Gegenſtand der Unterſuchung ein.

Man könnte mit Nutzen noch eine weitere Unterſcheidung aufſtellen zwiſchen Präliminar- oder Kundſchaftsfragen[72]) und eigentlichen Inquiſitionsfragen; jene fallen in das Gebiet der General- und dieſe in das Gebiet der Specialunterſuchung. Wo aber auch dieſe Grenz-

---

67) Abegg, Lehrb. des Criminalprozeſſes S. 286. Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 188.

68) Duverger, Manuel des iuges d'instruction. (Paris 1839.) T. I. p. 89.: de l'application des lois. Staatslexikon von Rotteck und Welcker Bd. 7, Art. Gleichheit, S. 66 flg.

69) Weiske, Handbuch des Criminalprozeſſes (Leipzig 1840), S. 145.

70) Ueber die Frageſtellung im Confrontationsverhöre, wo eine Suggeſtion jedesmal nothwendig wird, vgl. dieſes Rechtslexikon Bd. 3, S. 15.

71) Dieſe Eintheilung ſteht, wenigſtens heutzutage, in keinem Bezug mehr mit der Lehre von der General- und Specialinquiſition, wovon man gänzlich abgekommen iſt. — Tittmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. 3, §. 683.

72) Bolley, Anweiſung zum Verfahren in Strafſachen (Stuttg. 1809), §. 128. v. Jagemann, Handb. der Unterſuchungskunde Bd. 1, §. 139, 142.

ſcheide nicht mehr ſtattfindet, bleibt die Unterſcheidung dennoch ſehr praktiſch. So lange nämlich jemand nicht inquiſitoriſch befragt, alſo förmlich conſtituirt[73]) wird, kann er ſich auch nicht als Angeklagter betrachten, und ſich nicht beſchwert fühlen; wogegen aber auf jede zum Zwecke der Thatbeſtandserhebung oder Kundſchaft überhaupt geſtellte Frage, bei Vermeidung des Nachtheiles, daß der Ungehorſam als betheiligt angeſehen wird, aufrichtig zu beantworten iſt. Irrig iſt es mithin auch, wenn Manche glauben, in der Voruntersuchung dürften gar keine Fragen geſtellt werden; in der Einleitung wurde ſchon bemerkt, daß dem Inquirenten überhaupt ungefragt in der Regel keine Materialien zufließen, und es iſt daher ſicherlich immer eine unwahre Aufzeichnung der Vorgänge, wenn in den Acten der Voruntersuchung keine Verhörsfragen vorkommen. Man kann allerdings nicht jede kleine Zwiſchenfrage, welche zur Ergänzung und Verdeutlichung geſtellt wird, ins Protocoll aufnehmen, aber die Hauptfragen, welche den ganzen Act leiten, dürfen niemals übergangen werden[74]). Es iſt daher auch nicht immer zu billigen, wenn es im Protocoll blos heißt: auf Befragen, auf Vorhalt, auf Ermahnung zur Wahrheit u. ſ. w. — Im älteren teutſchen Prozeſſe waren die Criminalfragen unter dem Namen Inquiſitionalartikel[75]) begriffen und dieſelben mußten immer vor Anbeginn des Verhöres entworfen und zu beſonders ſolennen Handlungen erſt dem Fiscal und Defenſor zur Einſicht und Vorbereitung mitgetheilt[76]) werden. Dieſe Artikel waren, wie ältere Acten zur Genüge zeigen, faſt durchgehends eingebend formulirt. Beim Zeugenverhöre mußte jeder Artikel mit dem Worte Wahr anfangen und bei dem Verhöre des Angeklagten mit dem Worte Ob[77]). Die erſtere Form beſteht bekanntlich beim teutſchen Zeugenverhöre in Civilſachen immer noch fort[78]); ſie iſt aber auch hier gewiß verwerflich, weil ſie keine genuine Ausſage gewährleiſtet.

Das Anheben mit dem Frageworte Ob führt nothwendigerweiſe eine

73) Auf den Vorhalt der Anklage und der Verdachtsgründe kommt es an, und ein Subject, das in dieſer Weiſe noch nicht verhört iſt, gilt lediglich als Kundſchaftsperſon, die aber in der nächſten Stunde ſchon als Inculpat erklärt werden kann. Mittermaier, Strafverfahren Th. 1, S. 468.

74) Brauer, in der Zeitſchrift für teutſches Strafverfahren Bd. 1, S. 199, 200. Die Controle dieſer Aufzeichnungen ſoll der Actuar führen; aber leider iſt derſelbe gar ſelten im Stande, ſein Amt mit der gehörigen Einſicht und Energie zu behaupten, ſo daß das Mißtrauen gegen Protocolle, die nicht durch ein öffentliches Schlußverfahren ratihabirt werden, immer einigermaßen gegründet bleibt.

75) Ludovici, Einleitung zum peinlichen Prozeſſe 13. Aufl. (Halle 1770), S. 50—60. **Heil**, iudex et defensor in processu inquis. (Lips. 1717.) p. 78—83.

76) Heſſiſche p. G.-O. von 1726, §. 7, und Bopp, in der Zeitſchrift für d. Strafverf. Bd. 2, S. 335.

77) Damit nicht einfältige Leute dadurch auf die Gedanken gebracht würden, als ob ſie nothwendig mit Ja darauf antworten müßten. Ludovici a. a. O. S. 51, §. 3.

78) S. z. B. Bergmann, Beiträge zur Einleitung in die Praxis der Civilprozeſſe, 2. Ausg. (Göttingen 1839), S. 344, 345.

indirecte Redeweiſe mit ſich und iſt ſchon deßhalb nicht zu billigen; denn es ſpricht ja Niemand lebendigen Wortes in dieſer Form und ſie führt zudem den Nachtheil eines ſchleppenden Periodenbaues mit ſich. Endlich begünſtigt ſie auch die Suggeſtionen[79]) allzu vorherrſchend[80]).

Zu den Inquiſitionalartikeln im Zeugenverhöre durfte der Vertheidiger auch Fragſtücke proponiren, welche, wenn ſie nichts Geſetzwidriges enthielten, vom Inquirenten gleichfalls in das Verhör eingeflochten werden mußten[81]). Dieſe Sitte war ſo übel nicht, in einer Zeit, wo es der wiſſenſchaftlich gebildeten und von der Pflicht der Humanität nicht minder, als von dem Durſte nach einer Sühne für das verletzte Geſetz durchdrungenen Inquirenten gar wenige gab, und daher eine Einrichtung des Verhöractes, wobei die Rechte des Angeklagten ganz in den Hintergrund geſchoben wurden, wohl in der Regel zu beſorgen war. In den Gang einer ordentlichen Unterſuchung paſſen aber ſolche fremdartige Einmiſchungen ganz und gar nicht, und es kommen deßhalb heutzutage keine Frageſtücke mehr vor.

Die peinliche Frage[82]) muß ſchließlich, wiewohl ſie, zum Heile der Menſchheit, heutzutage nur noch hiſtoriſche Bedeutung hat, ebenfalls berührt werden; denn ſie gehört ohne Zweifel in das Bereich der Criminalfrage.

Ueber die Entſtehung der Folter iſt man, trotz der gründlichſten Forſchungen, noch nicht ins Reine gekommen. Man weiß nicht einmal, ob dieſelbe zuerſt bei den Griechen oder bei den Römern angewendet wurde[83]), geſchweige denn, ob ſie aus Aſien, etwa von den Perſern, herüberkam. So viel ſcheint jedoch aus den erſten Nachrichten, welche die Schriftſteller jener Zeit darüber vorbringen, hervorzugehen, daß nur

---

79) Brauer, in der alleg. Zeitſchrift Bd. 1, S. 202—204. v. Jagemann, Handbuch der Unterſuchungskunde Bd. 1, §. 549, 550.

80) Mehrere Muſter ſolcher ungehörigen Examina hat uns Heil l. c. aufbewahrt, ſo z. B. pag. 245 die Fragen an eine des Kindesmordes Angeklagte: Ob nicht das von ihr geborne Kind lebendig zur Welt gekommen? Ob ſie daſſelbe ums Leben gebracht? Ob das nicht vorſätzlich von ihr geſchehen? u. ſ. w. Oder auch in Gensler's Actenſtücken nach ſämmtlichen Arten des gerichtl. Verfahrens in Straſſachen (Jena 1805), Nr. 8. Acta des Fraiſchamtes wegen doppelten Ehebruches. Art 21: Ob Inquiſitin nicht mit Mörſing Hurerei getrieben? Antw. Nein. Art. 22. Wo und Wann dieß geſchehen ſei? Antw. Sie habe ja keine Hurerei mit ihm getrieben u. ſ. w.

81) S. hierüber am ausführlichſten Quiſtorp, Grundſ. des peinl. Rechtes Th. 2, §. 699.

82) Den beklagenswerthen Reichthum der Literatur über dieſes Inſtitut ſ. in Kappler, Handb. der Literatur des Criminalrechtes (Stuttgart 1838), S. 73 und 1084—1086, wo über vierzig Diſſertationen und Abhandlungen citirt ſind. Das Geſchichtliche hat in neuerer Zeit am präciſeſten und am anſchaulichſten zuſammengeſtellt: Wasserschleben, Historia quaestionum per tormenta apud Romanos. Berol. 1836.

83) Boehmer, ad Carpzov. pract. rer. crim. pars. III. quaest. 117. obs. II., iſt geneigt, den Athenienſern und Rhodiern die Priorität hierin einzuräumen. Vgl. auch Eberhard in Plitt's Repertorium für das peinliche Recht Bd. 1, S. 221 flg.: Ueber die Veranlaſſung zur Einführung der Folter.

der Stand der Unfreien, der Heloten und Sclaven[84]) zu dieſem Auskunftsmittel geführt hat. Faſt in jedem Hauſe befanden ſich ſolche Subjecte, und es konnte daher nicht fehlen, daß ſie häufig als Uebertreter der Strafgeſetze oder als Zeugen vor Gericht gefordert wurden. Da nun aber ein Sclave kein juriſtiſcher Menſch, ſondern nur eine Sache mit Fleiſch und Blut, ein redendes Ding war, ſo iſt es nicht zu verwundern, daß man mit ihm vor dem Criminalgerichte wenig Umſtände machte, d. h. keine logiſchen Inquiſitionskünſte verſuchte, ſondern, nach Vorhalt der Verdachtsgründe, ganz einfach fragte: ob er geſtehen[85]) wolle, oder nicht. Man präſumirte, und zwar wohl mit gutem Grunde, daß ein ſolches Individuum wenig oder gar kein Rechtsgefühl habe, weil es erziehungslos wie das Thier aufwuchs und in beſtändiger, abſoluter Abhängigkeit lebend, nicht leicht zu dem freiwilligen Entſchluſſe kommen konnte, gegen ſich, als Inquiſit, oder gegen ſeinen Herrn oder deſſen Freunde als Zeuge etwas Nachtheiliges auszuſagen. Man verfiel daher bald auf Nothbehelfe zur Wahrheitserforſchung, welche nichts mit dem Geiſte, ſondern blos mit dem Körper, alſo mit demjenigen Theile des Organismus zu ſchaffen haben, welchen der Menſch mit dem Thiere gemein hat, wodurch alſo ein Eindruck unfehlbar zu erringen iſt[86]); man erſann körperliche Qualen, die heftig genug ſchienen, um den dabei criminell Befragten zum Nachdenken und zur Ablegung genaueſter Rechenſchaft über das, was er von dem Verbrechen etwa wußte, zu bringen. So erklärt ſich die Erfindung eines der ſchrecklichſten Inſtitute der Juſtiz auf ziemlich natürliche Weiſe, und es beruht demnach nicht blos auf Grauſamkeit und Willkür, ſondern auf einer ſocialen Nothwendigkeit, weil in der That von jener Menſchenclaſſe, ſo lange ſie in der jämmerlichen Unterdrückung, in einer Lage, die jeden höheren Aufſchwung unmöglich machte[87]), fortleben mußte, keine Aufrichtigkeit zu erwarten war, und ohne ſolche, namentlich beim Zeugniſſe, die Criminalrechtspflege doch nimmermehr beſtehen kann. Wie aber Alles, was ſchnell zum Ziele führt,

---

84) Weſtphal, die Tortur der Griechen und Römer (Leipzig 1785) und Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 1, S. 52.

85) Gleichviel, als Angeklagter oder als Zeuge; ja man ging im altrömiſchen Rechte ſo weit, daß man jeden in Criminalſachen abgehörten Sclaven, wenn ſeine Ausſage nicht durch andere Beweismittel unterſtützt war, zur Verification auf die Folter ſpannte. Schweppe, römiſche Rechtsgeſchichte, 3. Aufl. (Göttingen 1832), S. 980.

86) Bei Scheidler, Handbuch der Pſychologie (Darmſtadt 1833), Th. 1, S. 75, heißt es: Die Pſychologie lehrt, daß die Energie der Willenskraft ihr körperliches Subſtrat in dem Muskelapparate hat. Dieſes findet hier im erhöhteſten Grade ſtatt.

87) Sehr anſchaulich ſchildert Walter, Geſchichte des römiſchen Rechtes (Bonn 1840), dieſen Zuſtand S. 482: Man ging von der Anſicht aus, daß derjenige, welcher durch das Schickſal ganz in die Hand und Gewalt eines Anderen gekommen und von deſſen Willen abhängig geworden ſei, aufgehört hat, eine Perſon zu ſein. Man betrachtete ihn juriſtiſch als rechtlos, die Gewalt über ihn war ein wahres Eigenthum, und man überließ es dem Gewiſſen des Herrn, in wie weit er die natürliche Eigenſchaft als Menſch in ihm anerkennen und ſchonen wollte.

von den Menſchen, insbeſondere von Geſchäftsleuten, gern im Gebrauche ausgedehnt wird, um der lieben Bequemlichkeit zu fröhnen, ſo ging es auch hier; man begnügte ſich bald nicht mehr mit der Folter (quaestio, tormenta, quaestio per tormenta, cruciatus, severa inquisitio [88])) der Sclaven [89]), ſondern wendete ſie auch auf die statu liberi, liberti, ja endlich gar auf die ingenui an, und es wurde zu Gunſten der letzteren nur das Eine feſtgeſetzt, daß ſie lediglich in Unterſuchungen wegen einiger ſchweren Verbrechen die Tortur zu erleiden hätten [90]).

Frei von aller Folterung waren folgende Perſonen: Kinder, Schwerkranke, Schwangere, Gemüthskranke, Taube und Stumme, hohe Beamte und Berühmtheiten, Ritter, active Soldaten und Prieſter [91]). Hieraus geht es augenſcheinlich hervor, daß die ſcharfe Frage, die an geiſtigen oder ſinnlichen Mängeln Leidenden natürlich ausgenommen, blos für ſolche erdacht war, denen man ohne dieß Compelle kein Zutrauen ſchenken zu dürfen glaubte. Auch wurde den Sclaven, ſelbſt wenn ſie ein abtorquirtes Zeugniß ablegten, kein voller Glauben beigemeſſen, wie anderen ehrbaren Perſonen, ſondern es diente ein ſolches Zeugniß gleichſam nur als Indicium. Die damals zu Rom üblichen Folterinſtrumente waren, außer den Prügeln (verbera [92])), hauptſächlich: equuleus (der Bock, über den die Extremitäten ausgereckt wurden), fidiculae (die Saiten, an welchen die Glieder ausgeſpannt wurden), ungulae (die eiſernen Zangen) und laminae (glühende Eiſen) [93]).

Die Geſetzgebung ſchwankte übrigens in dieſem Betrachte auffallend hin und her [94]), hauptſächlich über die Frage, inwiefern der Sclave zum Zeugniß gegen ſeinen Herrn genöthigt werden könne; am Ende ſiegte doch in Bezug auf einzelne Verbrechen von beſonderer Schändlichkeit die ſtrengſte Anſicht [95]), und es mag dieß ſchon um deßwillen nöthig geweſen ſein, weil die Sclaven oft Helfershelfer bei den Verbrechen ihrer Herren waren.

So iſt, mit den hundertfältigen Goldkörnern der Weisheit, unter ſo manchen beigemiſchten Uebeln, auch dieſes, das Uebel der gewaltſamen Erpreſſung einer gerichtlichen Depoſition, auf unſeren Boden aus Rom herübergewandert [96]), und da zu jener Zeit die teutſche Rechtsgelehrſamkeit

---

88) L. 15. §. 41. D. de iniur. (47. 10.) L. 1. §. 25. D. de SC. Silan. (29. 5.)

89) Quintiliani Inst. orat. VI. 4. Cicero, Orat. part. 34. pro Sylla 28. pro Rosc. Amer. 41. 42. pro Cluent. 63.

90) Crimen laesae maiestatis, artes magicae, veneficium, falsum. Cf. Wasserschleben, historia quaest. per tormenta p. 44.

91) Walter, Geſchichte des röm. Rechtes S. 876. Wasserschleben l. c. §. 11 u. 21.

92) Valerius Maximus VI. 8.

93) Wasserschleben l. c. §. 6. Carpzov., pract. rerum crimin. p. III. quaest. 117. nr. 37. 38.

94) Cf. L. 1. D. de quaest. (48. 18.)

95) Matthaeus, de crimin. p. 705.

96) So wie überhaupt der in den römiſchen Geſetzbüchern begünſtigte Inquiſitionsprozeß mit Hilfe der italieniſchen Juriſten des Mittelalters immer mehr

noch ſo arg darnieder lag, daß eine gründliche Erhebung und Würdigung des Criminalbeweiſes meiſtentheils gar nicht möglich war, ſo läßt ſich leicht erklären, daß mit begierigen Händen nach dieſem ſo ſehr bequemen Beweisergänzungsmittel gegriffen wurde, und es hat ſich der Erfindungsgeiſt in der Vervielfältigung der Marterwerkzeuge auf eine beklagenswerthe Weiſe bewährt, ſo daß zuletzt viele Länder und Städte, wie Alles in Teutſchland ſich zu particulariſiren ſtrebt, ihre beſonderen Torturanſtalten hatten [97]), wie z. B. das mecklenburg'ſche, das bamberg'ſche Inſtrument, die mannheimer Bank, die pommer'ſche Mütze, der lüneburg'ſche Stuhl, der magdeburg'ſche geſpickte Haſe u. ſ. w. [98]).

Es wurde die Lehre von der Tortur, deren ſich allmälig die Wiſſenſchaft ganz bemeiſterte, zuletzt ſo ausgebildet, daß ſich eine Maſſe von Streitfragen ergab, welche mit Heftigkeit und mit einem großen Aufwande von Gelehrſamkeit [99]) durchgefochten wurden.

Die Grundzüge dieſer Lehre beſtehen in Folgendem. Der Art. 18 der p. G.=O. gab die Hauptregel an die Hand, daß die Folter nicht eher angewendet werden dürfe, als auf redlich gnugſam Anzeigung. Nun wurde alſo unterſucht, welche Indicien als allgemeine und beſondere, als entfernte und nahe zu betrachten [100]) ſeien, worüber bekanntlich die p. G.=O. abermals Fingerzeige enthält. Doch wurden dieſe Beiſpiele vielfach erweitert, und es gab eine Zeit, wo man gar wenig Umſtände machte, Jemanden auf die Folter zu ſpannen [101]); wozu auch wohl das zerſplitterte Jurisdictionsverhältniß beigetragen haben mag, indem gar viele kleine Gerichtsherren einen Inquiſiten, der durch ſein Leugnen die Nothwendigkeit der Haft und die Atzungskoſten in die Länge zog, gern auf ſchnellem Wege los werden mochten. Dazu war natürlich ein abgenöthigtes Geſtändniß am dienlichſten.

Auf den Grund der Anzeigungen wurde dann durch das Criminalgericht, und zwar, wenn die Unterſuchungsbehörde mit dem Blutbanne nicht verſehen war, mittels Verſendung der Acten an einen Schöppen-

---

unſeren urſprünglichen Anklageprozeß verdrängte. S. beſ. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 50.

97) Koch, institutiones iuris crim. (Jenae 1783.) p. 863.

98) Wie viel grauſamer, ja unmenſchlicher man noch in früheren Zeiten verfuhr, beweiſen Damhouder, praxis rerum crimin. cap. XXXVII. nr. 17. und Engau, ius criminale. lib. II. §. 229—234. Beſonders war es üblich, heißes Oel, Eſſig oder Pech in den aufgeriſſenen Mund zu ſchütten.

99) So ſchrieb z. B. Jo. Sam. Fr. Boehmer zwei Abhandlungen de tortura; ferner auch Mehreres die angeſehenen Juriſten: Wildvogel, de arbitrio iudicis circa torturam, Grupen, de adplicatione tormentorum, und Leyser, Mylius, Hommel etc.

100) Trotz des geſetzlichen Ausſpruches: Die ſach oder warzeychen, ſo eyn redlich gnugſam anzeygen, argkwon oder verdacht geben, ſeindt nit müglich alle zu beſchreiben, hielten ſich die Juriſten doch berufen, alle geſetzlichen Indicien eines Verbrechens aufzuzählen, worüber natürlich unendlicher Streit entſtand.

101) Beſonders bei dem crimen maiestatis, die Heren und Zauberer. Carpzov. pract. rer. crim. p. III. quaest. 129. nr. 69.

ſtuhl ein förmliches Erkenntniß[102]) gegeben: ob die Tortur anzuwenden ſei oder nicht[103]). Dieſes Erkenntniß wurde dann ſolenn publicirt, und es ſtand dem Inquiſiten frei, entweder ſelbſt Gründe auszuführen, oder durch einen Anwalt deduciren[104]) zu laſſen, wodurch er die Unſtatthaftigkeit der Tortur nachzuweiſen verſuchte. Auf dieſe Einſprache wurden die Acten abermals an ein collegium iuridicum verſendet und dieſes hatte ſodann die Gründe des vorigen zu prüfen und eine definitive Sentenz zu erlaſſen. Hierin beruht offenbar ſchon einer der größten Mängel dieſer Procedur. Der Inquiſit hätte vor der erſten Actenvorlage dem Criminalgerichte ſeine Verwahrung gegen die Folter vortragen und wenn gleichwohl ein ungünſtiges Erkenntniß erfolgte, die Befugniß haben müſſen, dagegen an die höhere Inſtanz zu appelliren.

War nun die Verurtheilung zur Tortur rechtskräftig geworden, ſo begann eine ſyſtematiſche, unſeren Voreltern ewig zur Unehre gereichende, Quälerei[105]) (cruciatus). Es gab nämlich verſchiedene Grade der Tortur, und zwar in Sachſen drei[106]) und in anderen Ländern auch vier und fünf. Die fünf Grade, welche Girlandus, Clarus u. A. angeben, ſind[107]): 1) minae de torquendo, 2) ductio ad locum tormentorum, 3) denudatio et ligatura, 4) elevatio in eculeo[108]), 5) quassatio, quando suspensus detinetur et ictibus cruciatur[109]). Dadurch bildete ſich denn ein Unterſchied zwiſchen der Territion und wirklichen Tortur aus. Erſtere theilte man ſpäter wieder in die

---

102) Jo. Brunnemann, proc. inquis. c. 8. m. 4. nr. 3. Carpzov, pract. rer. crim. quaest. CXXIII. nr. 68. Man kann hieraus zugleich abnehmen, wie lange mancher Angeklagte im Unterſuchungsarreſte warten mußte, bis die Acten, bei den beſchwerlichen Wegen und mangelhaften Communicationsmitteln, hin und her gelaufen, und die Facultäten mit der Deliberation fertig waren; und gleichwohl hatte man dann nichts weiter, als ein Zwiſchenurtheil erreicht und mußte vielleicht noch einmal ſo lange auf das Endurtheil warten.

103) Es war dabei hauptſächlich auf folgende Momente zu achten: 1) ob der Thatbeſtand bewieſen ſei, 2) ob ein crimen atrox et grave vorliege, 3) ob indicia verosimilia, certa et concludentia gegen den Angeklagten ſprechen, 4) ob er nicht auf andere Art überwieſen werden könne. Heil, iudex et defensor. p. 199—202.

104) Dieſer Schriftſatz wurde defensio pro avertenda tortura genannt. Heil l. c. p. 232.

105) Damhouder, praxis rer. crim. p. 81 u. 91., ſo wie Engau, ius crim. p. 412., geben bildliche Darſtellungen ſolcher Juſtizacte, woraus man eine ſchwache Idee von den fürchterlichen Mißhandlungen ſchöpfen kann.

106) Carpzov, pract. rer. crim. pars. III. quaest. 125. nr. 51. u. 52.

107) Cf. Heil l. c. p. 204.

108) Wahrſcheinlich der römiſche equuleus. Man nannte dieſe Marter: auf den Bock ſpannen.

109) Die p. G.-O. verlangte im Art. 59 allerdings: Ob der beklagt geverlich wunden oder ander ſcheden an ſeinem leib hett, ſo ſoll die peinlich frag dermaſſen gegen jm fürgenommen werden, damit er an ſolchen wunden oder ſcheden am minſten verletzt werde, — aber wer kann verbürgen, daß darauf überall gehörig geachtet wurde? Vgl. auch Art. 58.

territio verbalis et realis[110]), d. h. es wurde zuerſt nur bewegliche Vermahnung gethan, unter Hinweiſung auf die bereit gelegten Marterinſtrumente, und dann erſt, wenn dieſes nichts half, zu der eben erwähnten Anlegung der Folter geſchritten, ohne jedoch fürs erſte noch Schmerz zu verurſachen.

Zur Ankündigung der Folter wurde gewöhnlich der Ortsgeiſtliche eingeladen, welcher dann auch im Namen der Kirche zum Geſtändniſſe zuſprach[111]). Dieſe Idee kann an und für ſich nicht mißbilligt werden, aber es iſt zu bedenken, daß ein Nichtjuriſt in ſeinen Admonitionen gar leicht das gehörige Maß überſchreitet[112]) und innere oder äußere Vorgänge vorausſetzen kann, für welche blos ſeine Phantaſie Bürge iſt, wie man dieß täglich bei Privatverhören, die irgend Jemand mit ſeinen Hausgenoſſen anſtellt, wahrnehmen kann. Die Anweſenheit der Geiſtlichen mag daher leicht mehr Schaden[113]) als Nutzen geſtiftet haben, wiewohl derſelbe bei der wirklichen Tortur nicht mehr zugegen bleiben durfte.

Die Zeit der eigentlichen Execution wurde gewöhnlich in die Nacht verlegt, einmal damit der Gefolterte keinen überladenen Magen habe[114]), wahrſcheinlich aber auch um deßwillen, damit die Nachbarſchaft von dem Juſtizgräuel nichts erführe. Der Richter und ein beeidigter Actuar mußten von Anfang bis zu Ende dabei ſein; nicht blos um den Vollzug actenmäßig machen zu können, ſondern hauptſächlich damit der Scharfrichter[115]) (carnifex) in der Marter nicht weiter gehe, als das Urtheil beſagte.

Hauptgrundſatz war, daß bei der Folterung ſelbſt Inquiſit nicht verhört werden durfte (p. G.-O. Art. 58). Es iſt übrigens nicht wohl einzuſehen, auf welche Art die Tortur ein Ende nahm, wenn nicht während derſelben Fragen an den Gepeinigten gerichtet wurden[116]), und ſollten

---

110) Heil l. c. p. 205—209.

111) Man pfleget auch die Prediger zu ihm zu ſchicken, daß ſie ihm Alles wohl zu Gemüthe führen und ihn dahin disponiren, damit es der Schärfe nicht bedürfe. Ludovici, Einleitung zum peinlichen Prozeſſe Cap. 9, §. 16.

112) Dem Verf. iſt ein Inquirent bekannt, der die Schrecken der Religion und des Aberglaubens gegen die Verhörten ſo zu handhaben wußte, daß dieſelben oft aus Furcht vor Teufeln, Geſpenſtern und Dämonen ſich zu Geſtändniſſen bequemten. In ähnlicher Weiſe mögen wohl die Prediger der früheren Jahrhunderte verfahren ſein.

113) Thomasius, diss. de tortura foris christianorum proscribenda (Halae 1705), ſagt: Apud pontificios est remedium viros pios et probos sub specie hereseos et magiae e medio tollendi.

114) Non tamen statim post prandium, vel coenam, reum torqueri patiatur, sed per sex vel octo, vel plures, horas executionem differat, ne inter torquendum per vomitum, vel alio modo, aut iudici aut tortoribus molestia creetur. Heil l. c. p. 233.

115) Alſo dieſelbe Perſon, welche auch ein ultimum supplicium zu vollſtrecken hatte. Schon dieſer Gedanke konnte eine große Seelenangſt hervorbringen. Bei den Altrömern geſchah das Torquiren unter der Aufſicht des Commentarienſis durch die Henkersknechte. Walter, Geſchichte des röm. Rechtes S. 877.

116) Das Geſetz gebot nur: ſoll die ſag des gefragten nit angenommen oder auffgeſchrieben werden, ſo er in der marter iſt, — deßwegen konnten

dieſelben auch nur in den Worten beſtanden haben: willſt Du es bekennen; haſt Du es gethan? —

So wie Inquiſit den Willen, zu geſtehen, ausdrückte, wurde er von der Folter befreit, und er ſollte dann, der Ordnung nach, in ein anderes Gemach[117]) geführt werden, um ſeine Angaben protocollariſch zu machen. Doch war ein ſolches Bekenntniß nur als proviſoriſch zu betrachten und nach zwei bis drei Tagen mußte Inquiſit vor dem Richter, Actuar und den Schöppen, nach geſchehener Wiedervorleſung des Protocolles, ſein Bekenntniß feierlich beſtätigen[118]) (Urgicht[119])), und im Falle er dieſes verweigerte, konnte zum zweiten, ja nach der Meinung Vieler auch zum dritten Male[120]), die Marter wiederholt werden, und erſt wenn alle dieſe Erforſchungsmittel fruchtlos erſchöpft waren, hatte der arme Sünder einen Anſpruch auf Entlaſſung aus der Haft und Unterſuchung, aber nicht einmal für immer, ſondern nur bis auf weiteren Beweis[121]), d. h. es trat eine Losſprechung von der Inſtanz[122]) ein.

Wer kann ſich in unſeren aufgeklärten Tagen eines Staunens erwehren, wenn er von einer ſolchen Procedur hört, welche zwar gegenwärtig nirgends mehr geſetzlich erlaubt iſt, aber doch vor einigen Decennien hier und da noch in Uebung war? Trotz der energiſchen Proteſtationen eines Matthäus[123]) und Thomaſius[124]) vor mehr als 100 Jahren ſchleppte ſich alſo dieſer Krebsſchaden an der teutſchen Juſtiz wuchernd fort, bis endlich der herrliche v. Sonnenfels[125]) durch ein

---

aber doch Worte gewechſelt und dann beim Verhöre nach der Folter wieder in Erinnerung gebracht werden.

117) Schwerlich war in allen, damals ſo dürftigen, Gerichtsgebäuden Raum genug, um dieſe Vorſchrift ſtreng zu befolgen.

118) Soll jm ſein bekenntnuß durch den gerichtsſchreiber fürgeleſen und alsdann anderwerd darauf gefragt werden, ob ſein bekentnuß wahr ſei. P. G.-O. Art. 56, Abh. 2.

119) Von Gicht — Geſtändniß und Ur — urſprünglich, aus tiefſter Seele ſtammend. Boehmer ad Carpzov., pract. rer. crim. P. III. quaest. 125. observ. I.

120) Koch, instit. iur. crim. §. 867. Heil, Iudex et defensor. p. 237. Carpzov., pract. rer. crim. quaest. CXXVI. nr. 54.

121) Carpzov. l. c. P. III. quaest. CXXV. nr. 4—8.

122) Die Bodenloſigkeit und Ungerechtigkeit dieſes Inſtitutes, das auch in unſerer Zeit noch fortſiecht, hat neuerlich Zachariä im Archiv des Criminalrechtes, Jahrg. 1839, S. 371 flg. vollſtändig nachgewieſen.

123) Derſelbe unterſuchte bereits im Jahre 1715 (Comment. de crimin. p. 536.) die Frage: An tormenta legitimus indagandae veritatis modus? und ſprach ſich dahin aus: quod a naturali aequitate abhorreat, cruciari quenquam, antequam constet, nocentem esse. Poena autem esse non debet, ubi peccatum non est, cum peccati sit animadversio.

124) In ſeiner Dissert. de tortura e foris christianorum proscribenda. Halae 1705. Den Hauptinhalt referirt Meiſter, Biblioth. iur. nat. et gent. Pars II. p. 269.

125) Ueber die Abſchaffung der Tortur (Zürich 1775), S. 22, heißt es: Was durch Zwang geſchieht, geſchieht durch eine überwältigende Macht, der unmöglich widerſtanden werden kann. Wird daher der Unterſuchte zum Geſtändniſſe gebracht, ſo beweiſt daſſelbe keineswegs, daß er ein ihm zur Laſt

freimüthiges, aber auch ſchonungsloſes Wort das Uebel für immer ausrottete[126]).

Leider hat ſich übrigens ſeither ein Gewaltmittel, zwar von geringerem Belang, aber doch von nicht minder verwerflicher Natur, wie die Folter, in den teutſchen Unterſuchungsprozeß eingeſchlichen, welches ſogar heute noch Vertheidiger findet, nämlich die unter dem Namen Ungehorſamsſtrafen angewendeten Prügel. Eine Tortur kann man ſie freilich nicht nennen, aber doch gewiß ein theilweiſes Surrogat derſelben. Wenn ein jede Antwort verweigernder oder der Lüge förmlich überwieſener Inculpat auf die Prügelbank gelegt und ſo lange geſchlagen wird, bis er Rede ſtehen oder die Lügen widerrufen will, ſo iſt dieß doch wahrlich nichts Anderes, als eine draſtiſche Nöthigung zur Selbſtanklage[127]) und eine ſolche kann ein humanes Geſetz nimmermehr billigen[128]), weil ſie dem innerſten Weſen des Menſchen widerſpricht. Man erleichtere dem Richter die rationelle Beweisführung und ſanctionire namentlich die Ueberweiſung durch Indicien, dann wird man ſolcher Behelfe, die das traurige Andenken an das Mittelalter täglich auffriſchen, nicht mehr bedürfen. Ludwig von Jagemann.

Frankfurt am Main. Die Zahl der Bewohner des Gebietes dieſer freien Stadt beläuft ſich gegenwärtig auf beiläufig 60,000, von denen die Mehrzahl evangeliſch-lutheriſcher Confeſſion iſt; man zählt 6000 Katholiken, 2000 Reformirte und über 8000 Juden. Das Gebiet beträgt ungefähr $2\frac{1}{2}$ □Meilen. Frankfurt[1]) war urſprünglich ein

---

gelegtes Verbrechen gewiß begangen habe; das allein beweiſt es, er habe der Gewalt der Schreckung, der Schraubung, der mannigfaltigen Marterarten nicht widerſtehen können. — Aus dieſen und vielen anderen Gründen zog v. Sonnenfels den Schluß (S. 50): daß die Folter aus dem Rechtsverfahren gänzlich zu verweiſen ſei. Vgl. auch die gleichzeitigen Vota gegen die Tortur in Faſelius, die gerichtliche Arzneigelahrtheit, herausgeg. von Langen (Leipzig 1770), S. 118—129, und Bedenken über einige Punkte des Criminalrechtes von A. Z. H. K. R. K. (1773), S. 7—23.

126) Die letzte Stimme, welche die Folter noch in Schutz nahm, ſobald wichtige Gründe da ſind, anzunehmen, daß der ſchwer gravirte Inquiſit nur darum und ſo lange mit dem Geſtändniſſe an ſich halte, weil und als derſelbe nicht gezwungen wird, — iſt Werner, in dem Handbuche des peinlichen Rechtes (Hadamar 1820), S. 65.

127) S. v. Jagemann, in dem Archive des Criminalrechtes, Jahrgang 1841, S. 263, 268.

128) Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 1, S. 401, ſagt: Schon das Recht des Staates, eine Antwort zu fordern, iſt zweifelhaft, und wenn man es auch zugibt, ſo würde man doch höchſtens nur eine grundloſe, mit der Abſicht, die Unterſuchung zu vereiteln und zu verzögern, verbundene Verweigerung der Antwort als ſtrafbar betrachten können; da es aber in der Regel ſchwer zu erkennen iſt, ob nur dieſe Abſicht zum Grunde lag, ſo würde häufig nur eine Willkür des Inquirenten über die Strafanwendung entſcheiden, und unter dem Deckmantel der Ungehorſamsſtrafe Folter angewendet werden können.

1) Ueber das Geſchichtliche vgl. Kirchner, Geſchichte von Frankfurt (Frankf. a. M. 1807—10), Th. 2. Deſſelben Anſichten von Frankfurt a. M.

Königshof. Als das älteſte geſchichtliche Ereigniß von Bedeutung nennt man gewöhnlich eine unter Karl dem Großen gehaltene große Kirchenverſammlung. Die Stadt nahm unter Ludwig dem Frommen, namentlich aber unter Ludwig dem Teutſchen, an Glanz und Umfang ſehr zu. Jener erbaute die Sala. Unter dieſem wurde ſie zur Hauptſtadt des oſtfränkiſchen Reiches. Die Stadt hieß deßhalb eine principalis sedes orientalis regni. Bald erlangte ſie *Stadtgerechtigkeit*. Man unterſchied ſchon damals die Neubürger von den Altbürgern, den ſpäteren Patriciern. Die Gerichtsbarkeit verwaltete ein *Vogt*. Gegen Ende des 13. Jahrhunderts trat an deſſen Stelle der, vom Kaiſer beſtellte, *Schultheiß*, der mit den Schöffen insbeſondere der *Rechtspflege* oblag. Daneben beſtand jedoch zur Beſorgung der inneren Verwaltung ein beſonderer, aus den Altbürgern genommener, *Rath* mit *Bürgermeiſtern* an der Spitze. Die goldene Bulle ſicherte der (übrigens nach ausdrücklichen Anerkenntniſſen reichsunmittelbaren) Stadt das, früher ſchon durch Gebrauch ſanctionirte, Recht einer *Wahlſtadt des Reiches*.

Indeſſen dauerte der Alleinbeſitz der *Altbürger* in der Ausübung des Regimentes nicht lange. In der Mitte des 13. Jahrhunderts erhielten mehrere *Zunftgenoſſen* Sitz im Rathe. Der ſogenannte *Artikelsbrief von 1297* ſtellte die hergebrachten Gerechtſame der Bürger und des Rathes feſt. Auch hiernach kamen immer noch viele Spaltungen zwiſchen den einzelnen Corporationen vor, denen der, im Jahre 1366 durch kaiſerliches Privilegium wieder vernichtete, *Vertrag zwiſchen dem Rathe, den Handwerkern und der Gemeinde vom Jahre 1358, die Rathswahl betreffend*, eben ſo wenig abhelfen konnte, wie ein ſpäterer *Vertrag von 1525*. Die Kaiſer ſuchten zwar durch allerlei Privilegien nachzuhelfen, die man ſich jedoch von Seiten des Rathes ſo geheim, wie möglich, zu halten bemühte. Als deßwegen zu Anfange des 17. Jahrhunderts ernſtliche Unruhen ausgebrochen waren, erkannte der Kaiſer eine Localcommiſſion auf Chur-Mainz und Heſſen-Darmſtadt, die *im Jahre 1613* den, insgemein *Burgervertrag* genannten, Commiſſionsabſchied zu Stande brachte, der, auch ſpäter mehrmals noch durch den Kaiſer confirmirt, die wichtigſten bisher ſtreitigen Punkte verglich [2]). Auch hiermit waren indeſſen die inneren Streitigkeiten noch nicht beendigt, deren Beilegung Zweck vieler folgenden Verfügungen war. Hierhin ſind zu zählen die *alte Viſitationsordnung von 1614*, das *kaiſerliche Commiſſionsdecret von 1616* (*Transfix* genannt, weil es dem Burgervertrage per transfixum annectirt ſein ſollte), das *Project eines neuen Vergleiches von 1714*, die *kaiſerliche Hauptreſolution von 1716*, die *neun kaiſerlichen Hauptreſolutionen von 1725*,

---

(Frankf. a. M. 1818), Th. 1, S. 133—177. *Fichard*, Entſtehung der Reichsſtadt Frankfurt. Frankf. a. M. 1819. *Lange*, Geſchichte der freien Stadt Frankfurt am Main. Darmſtadt 1837.

2) Vgl. namentlich *Moritz*, Staatsverfaſſung der Reichsſtadt Frankfurt (Frankf. a. M. 1785), Th. 1, S. 118 flg.

endlich die kaiſerliche Haupt- und Finalreſolution von 1732. Der Rath, deſſen innere Verfaſſung oft wechſelte, hatte endlich folgende Rechte[3]) an ſich gebracht: 1) das Recht, Fremde zu Bürgern anzunehmen; 2) das Recht, Geſetze zu geben; 3) das Recht, ſowohl in geiſtlichen als in weltlichen Sachen zu dispenſiren; 4) die gerichtliche Gewalt; 5) das oberherrliche Recht in Polizeiſachen; 6) die landeshoheitlichen und andere Kirchenrechte (ius circa sacra et episcopale); 7) das Recht der Ernennung der Stadtbedienten; 8) das ius collectanei — das Recht der Beſteuerung — und Verwaltung der Stadtgefälle; 9) das Recht der Bündniſſe, des Krieges und Friedens, der Geſandtſchaften, der Verträge und was dahin einſchlägt. Die Burgerſchaft wurde ſchon in den älteſten Zeiten von dem Rathe in wichtigen Fällen zu Rathe gezogen; anfänglich wurde ſie durch die Zunftmeiſter vertreten. Der Burgervertrag verordnete, daß die Burgerſchaft dem Rathe 18 Burger vorſtellen ſollte, aus denen der Rath 9 zu erwählen habe, die die jährlichen Stadtrechnungen revidiren ſollten. Dieſe Neuner wurden ſpäter durch die Quartiermeiſter verdrängt; bis endlich durch die kaiſerliche Reſolution vom 14. März 1732 der ſogenannte burgerliche Ausſchuß der Einundfünfziger conſtituirt wurde, deſſen Obliegenheit insbeſondere darin beſtand, bei wichtigen und neuen Ausgaben dem Magiſtrate ſeine Meinung zu eröffnen, wie denn dieſer ſich jedesmal mit jenem Collegium zu benehmen hatte, ſo oft er etwas anzuordnen gedachte, wodurch das Aerar mit neuen Ausgaben beſchwert oder von gemeinem Stadt-fundo etwas veräußert werden ſollte; ferner bei ſonſtigen wichtigen Begebenheiten zum Beſten des Publici bei dem Rathe nöthige Erinnerung zu thun, auf die Feſthaltung der kaiſerlichen Reſolutionen zu ſehen u. ſ. w.

Im Jahre 1806 fiel Frankfurt an den Fürſten Primas. Durch Napoleon wurde das Frankfurter Gebiet in ein Großherzogthum verwandelt, welches auf ungefähr 95 □Meilen 302,000 Einwohner zählte, und in verſchiedene Departements (Frankfurt, Aſchaffenburg, Fulda und Hanau) zerfiel. Der Fürſt Primas, Karl von Dalberg, war Großherzog. — Als die franzöſiſche Uebermacht wich, ſollte nach der Entſchließung der verbündeten Mächte Frankfurt ſich mit ſeinem ehemaligen Gebiete von dem Großherzogthume trennen und eine eigene Verfaſſung erhalten. Der Artikel 46 der Wiener-Congreßacte machte die Stadt zu einem freien, ſelbſtſtändigen Staate. Die Verfaſſung[4]), wie ſie gegenwärtig nach der Conſtitutionsergänzungsacte vom Jahre 1816 beſteht, iſt in der Kürze folgende.

Die, der Geſammtheit der chriſtlichen[5]) Bürgerſchaft zuſtehende, Staatshoheit vertheilt ſich unter drei Behörden. Die geſetzgebende

3) Moritz a. a. O. S. 294 flg.

4) Pölitz, Europ. Verfaſſ. Bd. 1, S. 1125—1180.

5) Die iſraelitiſchen Bürger, die unter dem Großherzoge den chriſtlichen Bürgern völlig gleichgeſtellt worden waren, werden nach einem neueren Geſetze vom Jahre 1824, jedoch mit manchen Modificationen, der chriſtlichen Bürgerſchaft in privatbürgerlicher Beziehung gleichgeſtellt.

Verſammlung beſteht aus 20 Mitgliedern des Senates, 20 Mitgliedern des ſtändigen Bürgerausſchuſſes und 45 Mitgliedern, die durch das Wahlcollegium der Fünfundſiebenziger ernannt werden. Dieſes letztere wird alljährlich durch die Urwahlen der geſammten Bürgerſchaft zuſammengeſetzt. Das Stimmrecht bei dieſen Urwahlen ſteht allen chriſtlichen Bürgern zu, jedoch ſo, daß ſie in 3 Abtheilungen wählen. In der erſten befinden ſich die Adeligen, Gelehrten, Künſtler, Staatsdiener, Officiere, Gutsbeſitzer; in der zweiten die Kaufleute, Krämer und nicht zünftigen Wirthe; in der dritten die Handwerker und zünftigen Künſtler, ſo wie alle den zwei anderen Abtheilungen nicht bereits zugewieſenen Bürger.

Der ſo gebildete geſetzgebende Körper iſt regelmäßig auf den erſten November jedes Jahres zuſammenzuberufen, wo dann die ordentliche Sitzungszeit 6 Wochen dauert. Der Präſident wird aus den Mitgliedern des Senates gewählt. Wer in den geſetzgebenden Körper gewählt wird, muß die Wahl bei Verluſt ſeines Bürgerrechtes annehmen.

Zur Competenz des geſetzgebenden Körpers gehört überhaupt die Erhaltung der Stadtverfaſſung, weßhalb hier die Beſchwerden wegen Verfaſſungsverletzung anzubringen ſind; ſodann die Geſetzgebung insgeſammt, insbeſondere die Beſteuerung, die Genehmigung des jährlichen Budgets, Sanction der Staatsverträge, Anordnung und Einrichtung der bewaffneten Macht, in gewiſſen Fällen Einwilligung zu der Veräußerung ſtädtiſcher Gemeindegüter.

Zunächſt ſteht der, mit der executiven Gewalt bekleidete, Rath oder Senat[6]. Aus 42 Mitgliedern zuſammengeſetzt, theilt er ſich in 3 Bänke, die der Schöffen, Senatoren und Rathsverwandten. An der Spitze des ganzen Collegium ſtehen die jedesmal auf ein Jahr gewählten beiden Bürgermeiſter. Der ältere wird aus der Schöffenbank genommen, der jüngere aus der Senatorenbank. Von der zweiten (Senatoren=) Bank auf die erſte (Schöffen=) Bank wird nach der Anciennität vorgerückt. Neue Mitglieder des Senates werden ſo gewählt, daß die nichtſenatiſchen 65 Mitglieder des geſetzgebenden Körpers 6 Wahlherren, und der geſammte Senat eben ſo viele Wahlherren ernennt. Dieſe 12 haben ſich über den Vorſchlag von 3 Candidaten zu vereinigen, unter denen die ſogenannte Kugelung entſcheidet.

Auf der dritten Bank müſſen ſich ſtets 12 Mitglieder aus dem zünftigen Handwerkerſtande befinden.

Der Rath ſelbſt theilt ſich wieder in den großen und den engeren Rath. In dieſem letzteren befinden ſich die ſieben älteſten Rathsverwandten, und die mit der Juſtizverwaltung nicht beſchäftigten Mitglieder. Vor den großen Rath, der ſomit aus ſämmtlichen 42 Mitgliedern des Senates beſteht, gehören alle Gnadenſachen, Aemtervergebungen, die Gegenſtände, die zur Cognition des geſetzgebenden Körpers gehören, namentlich auch Beſtätigung oder Milderung der

6) Vgl. des geiſtreichen Dr. Reinganum Artikel: Frankfurt am Main in Rotteck's und Welcker's Staatslexikon.

peinlichen Urtheile. Andere Verwaltungsgegenſtände gehören vor den engeren Rath.

Neben dem Rathe beſteht noch die ſogenannte ſtändige Bürgerrepräſentation oder der ſtändige Bürgerausſchuß. Er zählt 61 Mitglieder. Dieſes Collegium hat namentlich auf die Beobachtung der Conſtitutionsgrundgeſetze zu ſehen, dem Rathe bei wichtigen neuen Ausgaben, Alienationen und Acquiſitionen von Gemeindegütern, Regulirung neuer Steuern, ſeine Anſichten auf dem Wege ſchriftlicher oder mündlicher Conferenzen mitzutheilen. Den Vorſitz führt ein von drei zu drei Jahren aus der Mitte des Collegium gewählter Senior. Der Wahlmodus iſt derſelbe wie beim Senate.

Es ſitzen dem Bürgerausſchuſſe verfaſſungsmäßig ſechs Rechtsgelehrte (doctores iuris) und ein eigener rechtsgelehrter Rathgeber oder Conſulent bei. Das früher von dem Bürgerausſchuſſe getrennte Neunercolleg (Stadtrechnungrevisionscolleg) iſt nunmehr dem Bürgerausſchuſſe incorporirt, welcher zu dem ſtädtiſchen Rechnungsreviſionsgeſchäfte neun ſeiner Mitglieder zu erwählen hat.

Frankfurt iſt nach den Beſtimmungen der teutſchen Bundesacte zum Sitze des Bundestages beſtimmt. Das gegenſeitige Verhältniß der Stadt zu demſelben und zu den einzelnen Geſandtſchaften iſt durch beſondere Verträge regulirt. In dem Plenum der Bundesverſammlung hat die Stadt eine eigene Stimme; im engeren Rathe mit den übrigen freien Städten gemeinſchaftlich die 17. Stimme.

Die Juſtizverwaltung im allgemeinen iſt dem Senate anvertraut. Die Juſtizcollegien ſind folgende: 1) das, mit den übrigen freien Städten Teutſchlands gemeinſchaftliche, Oberappellationsgericht zu Lübeck; 2) das Appellationsgericht, welches zu Frankfurt ſeinen Sitz hat, und zugleich Criminalgericht iſt; 3) das Stadtgericht (die Mitglieder dieſer beiden letzteren Tribunale werden aus dem Senate genommen); 4) das Stadtamt (dieſes letztere, ebenfalls collegialiſch, jedoch mit nicht-ſenatiſchen Mitgliedern beſetzt, iſt die erſte Civilinſtanz für alle Sachen bis zu 300 fl. im Hauptſtuhle); 5) das Landjuſtizamt hat wegen aller ſolcher Sachen für das ſtädtiſche Landgebiet ganz dieſelbe Competenz, wie das Stadtamt für die Stadt. Die zweite Inſtanz für alle ſolche Sachen, und zugleich die erſte Inſtanz für Sachen über 300 fl. iſt das Stadtgericht. Das Appellationsgericht iſt für jene die dritte, für dieſe die zweite Inſtanz. Bei dem Appellationsgerichte findet noch die Actenverſendung in Civilſachen ſtatt. Dritte Inſtanz für Stadtgerichtsſachen iſt das Oberappellationsgericht. Electiv mit der Oberappellation concurrirt transmissio actorum ad impartiales exteros in vim revisionis. Dem Reviſen ſteht gegen ein abänderndes Reviſionserkenntniß noch die Wahl zwiſchen der Superreviſion und der Oberappellation nach Lübeck zu. Für Polizeivergehen exiſtirt ein beſonderes Polizeigericht; für Criminalunterſuchungen iſt das ſogenannte peinliche Verhöramt die Inquiſitionsbehörde. Der Civilprozeß vor obigen Gerichten iſt der gemeine, jedoch mit manchen Modificationen. Ueber dieſe gibt hauptſäch-

lich die ſogenannte proviſoriſche Prozeßordnung vom 8. Februar 1820 Aufſchluß. Sie enthält manches Eigenthümliche über Arreſt- und Wechſelprozeß. So verordnet Art. 51 (Erforderniſſe zu Perſonal- und Realarreſtgeſuchen hieſiger Bürger und dahier Angeſeſſener gegen Fremde): Zur Begründung des Gerichtsſtandes oder Sicherung des Streitgegenſtandes iſt jeder hieſige Bürger, Beiſaſſe und Nachbar der Ortſchaften, jeder mit liegenden Gütern dahier angeſeſſene Ausländer und jeder jüdiſche Schutzgenoſſe berechtigt, auf ſeine Gefahr und Koſten gegen ſeinen dahier befindlichen fremden Schuldner, oder auf deſſen dahier befindliche Effecten einen Perſonal- oder Realarreſt nachzuſuchen, wenn er ſogleich beſcheinigen kann, daß die Forderung gegründet und fällig ſei. Kann der Impetrant dieſe Beſcheinigung nicht ſogleich beibringen, wohin auch der Fall gehört, wenn ſolche erſt durch Zeugen dargethan werden ſoll, ſo darf kein Arreſt erkannt werden.

Art. 52. (Erforderniſſe zu Perſonal- und Realarreſtgeſuchen Fremder gegen Fremde): Ein mit liegenden Gütern dahier nicht angeſeſſener Fremde kann gegen einen Fremden gleicher Art nur dann auf ſeine Gefahr und Koſten einen Real- oder Perſonalarreſt nachſuchen, wenn nachfolgende Erforderniſſe in ſeinem Geſuche ſich vereint finden. Es muß nämlich 1) die Forderung ſelbſt entweder in Eigenthumsansprüchen auf dahier befindliche Gegenſtände beſtehen, oder ſie muß aus einer dahier, d. i. in hieſiger Stadt oder deren Gebiet, geführten Verwaltung oder aus einem dahier geſchloſſenen Contracte entſpringen, oder Verbindlichkeiten zum Gegenſtande haben, deren Erfüllung dahier geſchehen ſoll, oder deren Erfüllung aller Orten begehrt werden kann. Es muß außerdem 2) die Forderung bereits fällig (exigibel) und dieſes entweder durch den Schuldner ſelbſt alsbald vor dem Richter eingeſtanden oder von dem Impetranten ſogleich beſcheinigt, auch wenn letzteres durch den Buchauszug eines Handelsmannes geſchehen ſoll, dieſer beglaubigt ſein, und es muß überdieß 3) von dem Impetranten ſogleich Caution durch Bürgen oder Pfand für allen, aus dem Arreſt erwachſen könnenden Schaden geſtellt ſein; deren Größe auf impetrantiſches Begehren, oder auch ohne dieſes, nach richterlichem Ermeſſen beſtimmt werden kann.

Zur Verhandlung ſummariſcher Sachen beſteht bei dem Stadtgerichte eine eigene Commiſſion. Daſſelbe iſt zugleich obervormundſchaftliche Behörde für das ganze Gebiet. Für die Stadt iſt ihm ein ſogenanntes Curatelamt, für das Landgebiet das Landjuſtizamt zur Beſorgung des Vormundſchaftsweſens untergeordnet. Es beſteht ferner, unter Leitung des Stadtgerichtes, eine ſogenannte Transcriptions-Währſchafts- und Hypothekenbehörde[7]) zur Sicherſtellung der Veräußerungen, Uebertragungen und inſatz- oder reſtkaufſchillingsweiſe geſchehenden Verpfändungen aller in den Städten Frankfurt und Sachſenhauſen und deren Gemarkungen gelegenen unbeweglichen Güter,

---

7) Vgl. Franck, Ueberſicht des Hypothekenweſens zu Frankfurt am Main. Frankf. a. M. 1837.

ſo wie der nach ſtatutarrechtlicher Vorſchrift denſelben gleich geachteten Gerechtigkeiten[8]). Ein eigener Beamter, der Fiscal oder executor in civilibus, hat die Hilfsvollſtreckungen im Auftrage der Juſtiz- und Adminiſtrativbehörden vorzunehmen, ferner die Fälle zu erforſchen, in denen Vormünder oder Curatoren zu beſtellen ſind, und deren Vorſchlag bei der competenten obervormundſchaftlichen Behörde zu bewerkſtelligen, die Verganthungen sub hasta publica zu leiten, ſo wie das interesse fisci in Recursfällen gegen Straf- und Confiscationserkenntniſſe der Verwaltungsämter zu wahren. Dieſen letzteren Punkt anlangend verordnet der Artikel 27 der Conſtitutionsergänzungsacte Folgendes: Findet ſich ein hieſiger Bürger durch Straf- oder Confiscationsverfügungen eines adminiſtrativen Stadtamtes oder einer ſonſtigen Erhebungsbehörde beſchwert, ſo ſteht ihm binnen 10 Tagen die Einlegung der Berufung an das hieſige Appellationsgericht und deren Rechtfertigung innerhalb den auf die Interpoſition folgenden 14 Tagen, bei Strafe der Erlöſchung, offen und darf das Erkenntniß — Acciſeſtraffälle ausgenommen — vor deren Erledigung nicht vollſtreckt werden; vermeint der Appellant, daß er ſich auch bei der Entſcheidung des hieſigen Appellationsgerichtes nicht beruhigen könne, ſo darf er das Rechtsmittel der Actenverſendung in vim revisionis einwenden.

Selchow (elementa iur. German. §. 108) theilt das Statutarprivatrecht Frankfurts in das ältere, mittlere und neuere. Die in älteſter Zeit geltenden Volksrechte und Capitularien mußten bald dem Gewohnheitsrechte und den Schöffenweisthümern weichen. Sehr wirkſam bewährte ſich in Ausbildung des Rechtes der berühmte Frankfurter Oberhof. Bald begann man daſſelbe urkundlich niederzulegen. Dieſem Bedürfniſſe verdankt der ſogenannte Artikelsbrief von 1297 ſeine Entſtehung, der manches Wichtige auch über das Privatrecht enthält. Hierauf folgte der, im Jahre 1318 beſtätigte und 1352 theilweiſe abgeänderte, ſogenannte Stadtfriede, der jedoch nur in criminaliſtiſcher Beziehung beſonderes Intereſſe darbietet. Sodann das ſogenannte Geſetzbuch von 1352, das im Grunde nichts Anderes iſt, als eine Zuſammenſtellung des damals geltenden öffentlichen Rechtes, wobei das Privatrecht nur wenig berührt wird. Zu dem mittleren Rechte kann man mit Selchow die Reformation von 1509 rechnen. Sie enthält römiſches Recht, mit entſchiedener Tendenz, die verſchiedenen entgegenſtehenden coutumes zu verdrängen. Zunächſt erſchienen mehrere Verordnungen, welche die Lücken der nicht alles erſchöpfenden Reformation von 1509 ausfüllen ſollten, bis endlich am 7. Sept. 1578 die neuere Reformation publicirt wurde. Sie iſt ein Werk des Syndicus Johann Fichard, des Verfaſſers des ſolmſer Landrechtes. Sie enthält ſowohl Privat-, als auch Prozeß-, Criminal- und Polizeirecht. Im Jahre 1611 erſchien eine nöthig gewordene neue Recenſion der Reformation, beſorgt von dem Syndicus Schacher. Sie enthält einige,

8) Adlerflycht, Privatrecht S. 1360.

jedoch nicht ſehr bedeutende, Abänderungen der früheren Reformation. *Dieſe bildet gegenwärtig die Hauptbaſis des Rechtszuſtandes* [9]). Später erſchienen noch viele *Verordnungen*, die geſammelt ſind in *Beyerbach*, Sammlung der Verordnungen der Reichsſtadt Frankfurt, 11 Th. Frankf. 1796—1818. Die *iurisprudence intermédiaire* findet ſich größtentheils in dem großherzoglich frankfurt'ſchen Regierungsblatt [10]). Für die Geſetze der *freien* Stadt iſt ein Repertorium die ſeit 1817 erſcheinende Geſetz- und Statutenſammlung der freien Stadt Frankfurt. Was das jetzt geltende Privatrecht betrifft, ſo ſind als Haupteigenthümlichkeiten folgende hervorzuheben: 1) in der Lehre von dem Güterrechte der Ehegatten [11]). In einer, auch vertragsmäßig nicht abzuwendenden, *univerſellen Gütergemeinſchaft* ſtehen, wie die Reformation ſagt, Handwerksleute, Weingartsarbeiter, Tagelöhner und dergleichen. Ihrem objectiven Umfange nach [12]) umfaßt *dieſe* Gütergemeinſchaft Alles und Jedes, was die Eheleute in die Ehe bringen und während derſelben, auf welche Art es immer ſei, erwerben. Alle Schulden, ſie mögen vor oder in der Ehe contrahirt ſein, auf welchem Titel immer beruhen, werden gleichfalls gemeinſchaftlich. Hier iſt das, unten zu erwähnende, Renunciations- und Separationsrecht ausgeſchloſſen. Daneben beſteht noch eine *particuläre Gütergemeinſchaft*. Sie tritt nur da ipso iure ein, wo die univerſelle nicht ſtattfindet, und beſteht darin, daß die Errungenſchaft dem Eigenthume nach gemein wird, und die in die Ehe gebrachten Güter dem Gebrauche nach.

Zur *Errungenſchaft* gehört jedoch *nicht*, was einem Gatten während der Ehe von ſeinen Eltern oder ſonſtigen Blutsverwandten durch Teſtament aufſtirbt oder ſonſt geſetzt und geſchenkt wird, wie ſich die Reformation ausdrückt, oder jetzt vielmehr *alle und jede Erbſchaften und Geſchenke*, ſodann das nicht, was *ſtatt* auferſtorbener oder eingebrachter und hinterher zu Gelde gemachter Güter angeſchafft worden, auch das nicht, was Mann oder Frau aus einer *einſeitig* betriebenen *Handlung oder Handthierung* erobert.

2) Außerdem findet ein *Statutarerbrecht* [13]) der Ehegatten ſtatt. Die Statutgebühr beſteht, a) wenn keine rechten Kinder aus der

---

9) Sie iſt commentirt von *Orth*, nöthig und nützlich erachtete Anmerkungen über die Reformation. Frankf. a. M. 1731 flg. Compendien ſind: *Adlerflycht*, das Privatrecht der freien Stadt Frankfurt. Frankf. a. M. 1824. *Bender*, Lehrbuch des Privatrechtes der freien Stadt Frankfurt a. M. Frankf. a. M. 1835.

10) Die *noch* geltenden Verordnungen aus der primatiſchen Zeit ſind geſammelt in *Bender*, Sammlung frankfurter Verordnungen aus den Jahren 1806—1816. Frankf. a. M. 1833.

11) Vgl. *Hoffmann*, die eheliche Gütergemeinſchaft und das Erbrecht der Ehegatten. Frankfurt am Main 1837.

12) *Hoffmann* a. a. O. S. 35 flg.

13) *Adlerflycht*, Privatrecht der freien Stadt Frankfurt S. 467.

Ehe, noch Heurathsbriefe[14]) da ſind, im Eigenthume aller von dem verſtorbenen Ehegatten hinterlaſſenen Mobilien, ſo wie der dem Verſtorbenen zugeſtandenen Hälfte der Errungenſchaft, ſodann im lebenslänglichen Nießbrauch aller Immobilien des Verſtorbenen; b) wenn rechte Kinder aus der Ehe vorhanden ſind, im Eigenthume des halben Theiles der Mobilien, die von dem Verſtorbenen herrühren, ſodann im Nießbrauch an derjenigen Hälfte der Errungenſchaft, die an die Kinder fällt, ſo wie im Nießbrauch an ſämmtlichen, an dieſe Kinder fallenden, Mobilien und Immobilien. Stiefeltern erben nur die Hälfte der Mobilien, und was ihnen in den Ehepacten vermacht worden, was jedoch nicht über einen ſogenannten Kindestheil betragen darf.

3) Höchſt ſchwierig und bis jetzt noch keineswegs hinlänglich aufgeklärt iſt die Lehre von der Zahlung der Eheſchulden[15]). Tritt der vom Anderen zum Erben inſtituirte Gatte die Erbſchaft unbedingt an, ſo muß er natürlich für alle Eheſchulden ſtehen. Geſchieht die Adition cum beneficio inventarii, ſo tritt die Haft für die Schulden des Verſtorbenen ſo weit ein, als der Nachlaß reicht. Wird der Ueberlebende auf ſein geſetzliches Erbrecht hin Erbe, ſo muß er nach den dürren Worten der Reformation ſämmtliche Schulden des Verſtorbenen zahlen. Dieſe exorbitante Vorſchrift iſt von der Praxis[16]) dahin modificirt worden, daß, wie Hoffmann ſich ausdrückt, die Reformation einzig und allein über das Subject der Schuld Beſtimmungen enthält, ganz unbeſtimmt dagegen läßt, mit welchen Mitteln daſſelbe die Schulden zu berichtigen habe, — mit anderen Worten, es enthält dieſelbe zu Gunſten der Gläubiger nur ſo viel, daß ſich dieſelben wegen ihrer Bezahlung von dem im Beiſeß verbleibenden Statutarerben nicht pro rata an den Eigenthumserben verweiſen zu laſſen brauchen, ſondern jener die Vorlage zu machen und ſich deßfalls an dieſen, reſp. deren Erbſchaftsobjecte, die er dann zum Behufe der Schuldentilgung der Subſtanz nach angreifen darf, pro rata zu regreſſiren hat, dergeſtalt, daß das Rechtsverhältniß der Mobiliarmiterben und Immobiliareigenthumserben zu der Erbmaſſe im ganzen, oder zu dem Nutznießer eines erbſchaftlichen immobilis inſonderheit durch die Reformation keine Veränderung leidet, und nach den ſonſt geltenden Rechtsgrundſätzen bemeſſen werden muß. Die ſogenannte Renunciations- und Separationswohlthat beſteht darin, daß, wenn der Ueberlebende auf den Beiſitz der liegenden Güter und auf die fahrende Habe in gehöriger Form verzichtet, und um Abſonderung ſeines Vermögens bittet, er an den Schulden weiter nichts, denn die Obligationen und Schuldverſchreibungen,

---

14) Ehegatten ſollen ſich in den Ehepacten in ihr Vermögen, über Brautſchatz und Widerlage hinaus, nicht zu Erben einſetzen. Geſchieht es dennoch, ſo wird eine derartige Inſtitution durch den Tod giltig, wenn einer der Gatten ohne Kinder oder ohne letzten Willen oder beſtimmten Widerruf deſſelben, ſtirbt. Bender a. a. O. §. 17.

15) Bender, Privatrecht der freien Stadt Frankfurt §. 95.

16) Hoffmann a. a. O. S. 129.

ihn den Letztlebenden mitbeſagend, zu ſeinem Theile, aber von des Verſtorbenen wegen gar nichts zu bezahlen ſchuldig ſein ſoll. Verzichtet der superstes nur auf einen Theil des ihm Angefallenen, ſo braucht er auch nur im Verhältniß zu dem von ihm wirklich Erworbenen die Schulden mitzubezahlen. Dieſe ſogenannte Renunciation und Separation muß binnen 30 Tagen ſeit dem Ableben des Ehegatten, oder, wenn ſchon bei deſſen Lebzeiten die Gläubiger andringen ſollten, von da an in gleicher Friſt gerichtlich geſchehen. Dieſes beneficium tritt da nicht ein, wo univerſelle Gütergemeinſchaft ſtattfindet, alſo z. B., wie oben angeführt worden, bei Handwerksleuten, Weingärtnern, Tagelöhnern und dergleichen Leuten mehr. Auch findet es bei ſolchen Eheleuten nicht ſtatt, die einen gemeinſamen Handel, gemeinſame Wirthſchaft, Herberge oder Weinſchenke u. ſ. w. haben.

4) Aus dem Erbrechte ſind noch folgende Eigenthümlichkeiten hervorzuheben: Die Teſtamentsmündigkeit beginnt nach vollendetem 18. Jahre; die Mutter und mütterliche Aſcendenten können ihren Kindern oder Enkeln in gewiſſem Maße pupillariter ſubſtituiren. Teſtamente und Codicille können vor 3 Rathsgliedern errichtet werden; Codicille können ſonſt vor 3 männlichen Zeugen errichtet werden; ſind ſie im Teſtamente beſtätigt (Teſtamentszettel), ſo bedarf es auch dieſer nicht. Schenkungen des ganzen Vermögens auf den Todesfall ſind gerichtlich zu confirmiren. Ein ſpäteres Teſtament ſoll nur dann ein früheres rumpiren, wenn in jenem das ältere ausdrücklich zurückgenommen wird. Die nachfolgende Ehe des Teſtators rumpirt in manchen Fällen das vor der Ehe errichtete Teſtament deſſelben. Die Zeit zur Anfechtung eines Teſtamentes iſt auf Ein Jahr für Fremde und Abweſende, auf 6 Monate für alle Andere beſtimmt.

Im Obligationenrechte iſt vorzugsweiſe das Wechſelrecht zu beachten. Die Hauptquelle iſt auch hier noch heutzutage die Wechſelordnung von 1739. Wechſelunfähig ſind Frauensperſonen, ausgenommen Handelsfrauen, Minderjährige, in Frankfurt ſich aufhaltende Schauſpieler. Wie zum Weſen des Wechſels das Vorkommen des Wortes Wechſel[17]) nicht gehört, ſo iſt auch die Angabe der Valuta im Wechſel keineswegs erforderlich[18]). Zur Indoſſabilität der Wechſel iſt das Ordreſtellen erforderlich. Eine beſondere Wechſelſtempelordnung (v. 15. Juli 1817) verordnet bei namentlicher Strafe einen Wechſelſtempel. Die Präſentationszeit der Uſo- und ſolcher Wechſel, die auf eine beſtimmte Zeit nach Sicht lauten, iſt, bei Verluſt des Regreſſes gegen die Indoſſanten und des Wechſelrechtes gegen die Ausſteller, wenn ſie in Europa und den europäiſchen Inſeln gezogen wurden, auf 1 Jahr, für in Weſtindien gezogene auf 1½ Jahr, für in anderen außereuropäiſchen Welt-

17) Der Artikel 78 der proviſoriſchen Prozeßordnung ſagt: Eine Wechſelklage kann nur durch einen wirklichen Wechſel, welchem jedoch acceptirte oder an Ordre (Verordnung) geſtellte Anweiſungen und dergleichen Schuldſcheine (Billets à Ordre) oder Zahlungsverſprechen ... gleichſtehen, begründet werden.

18) Vgl. Bender, Privatrecht S. 189 flg.

theilen gezogene auf 2 Jahre, vom Tage der Ausſtellung an gerechnet, zum Accept, oder, wenn es Sichtwechſel ſind, zur Zahlung feſtgeſetzt, welche Friſten zur Zeit eines Seekrieges ſich verdoppeln. Uſowechſel verfallen 14 Tage nach dem Accepte. Bei Wechſeln Dato oder nach Dato, Sicht oder nach Sicht, geht der Verfalltag mit dem erſten Tage nach dem Accepte an; jedoch verfallen Wechſel auf Sicht oder 2, 3 bis 4 Tage nach Sicht oder Dato längſtens in 24 Stunden nach dem Accepte. Meßwechſel, die zu rechter Zeit nicht bezahlt werden, ſind am Sonntage der Zahlwoche (d. h. zweiten Meßwoche) von 2 Uhr Nachmittags bis zu Sonnenuntergang zu proteſtiren. Alle Wechſel, mit Ausnahme jedoch der Sichtwechſel, der auf 2, 3 oder 4 Tage Sicht oder Dato lautenden, der in den Meſſen zahlbar ausgeſtellten Depoſitowechſel, und derjenigen, welche keinen Acceptanten haben, oder auf den Ausſteller ſelbſt lauten, und nicht mehr in erſter Hand ſind, ohne daß dieſer auf dem Platze iſt, oder der Adreſſat ſie in des Ausſtellers Namen acceptiren will, haben nach dem Verfalltage noch 4 Reſpecttage, worunter jedoch Sonn-, hohe Feſt-, Buß- und Bettage nicht mitgezählt werden. Verlorene Wechſel, deren der Ausſteller oder Acceptant geſtändig oder überwieſen iſt, werden nur auf richterliches Erkenntniß und gegen genügende Sicherſtellung vor Doppelzahlung berichtigt. Die deßhalb geſtellte Caution kann nach 5 Jahren aufgehoben und der verlorene Wechſel amortiſirt werden. Will der Inhaber ſich ſeinen Regreß gegen ſämmtliche Wechſelverbundene wahren, ſo muß er von der Nichtzahlung ſeinem hieſigen oder auswärtigen Vormann, letzterem ſpäteſtens mit zweiter Poſt, Nachricht geben, auch die Reihe einhalten, gleichwie jeder Vormann zu gleichem Behufe ſeinem Vormanne dieſelbe Nachricht zu geben hat; will er aber nicht alle im Obligo halten, ſo kann er aus der Reihe einen oder den anderen herausgreifen, verliert aber auch hierdurch den Regreß gegen deſſen Nachmänner. Alle gar nicht oder nicht gehörig proteſtirte, vom Bezahler wegen etwa überhäufter Geſchäfte nicht zurückgeforderte oder vom Inhaber verlegte Tratten werden nach 4 Wochen ſeit dem Verfalltage für verfallen erachtet, wenn der Acceptant behauptet, ſie bezahlt zu haben; es erliſcht alſo gegen dieſe die Wechſelklage. Aus eigenen, proteſtirten oder unproteſtirten Wechſeln kann in Jahr und Tag ſeit Verfall noch nach Wechſelrecht geklagt werden; ſpäter gelten ſolche Briefe noch 5 Jahre als Schuldſcheine. Nach dem Ablaufe auch dieſer Zeit ſollen ſie als völlig erloſchen angeſehen werden.

Sonſt beachtenswerthe Verordnungen u. ſ. w. ſind, chronologiſch geordnet, folgende:

1) Aus dem Privatrechte Rathsſchluß über Teſtamente zur Peſtzeit (1513), Verbot der Ehe unter Geſchwiſterkindern und der auswärtigen Trauung Hieſiger (25. Mai 1676), Inſtruction wegen Veräußerung der Pupillengüter (16. Sept. 1699), Fallitenordnung (1631, 1708), Rathsordnung gegen Privathypotheken über Liegenſchaften (22. Oct. 1720), Rathsſchluß, die ſubſidiäre Giltigkeit des ſolmſer Landrechtes auf den Dorfſchaften betreffend (20. Aug. 1726), Mandat gegen heimliche Verlöbniſſe (15. Sept. 1733), Beſtimmung der Inteſtaterbfolge unter Ehe-

gatten (24. Juni 1734), Rathsordnung, das Güterrecht der Ehegatten betreffend (6. Jan. 1739), Inſtructionspunkte der Vormünder (2. Oct. 1749), Militärſchuldenmandat (14. Jan. 1755), Beſtimmung der Teſtaterbfolge unter Ehegatten (21. Sept. 1758), Verordnung, inwiefern Vormünder ihrer Curanden Inſätze, Gelder und Capitalien einziehen, ſich ablegen laſſen oder transportiren können (3. Dec. 1776), Rathsverordnung wegen Erbtheilungen auf dem Lande (18. Jan. 1780), Währſchafts- und Reſtkaufſchillingsordnung (28. April 1801), Rathsverordnung gegen den Ankauf der au porteur lautenden Obligationen mit Curatelgeldern (4. Mai 1804), Bauſtatut (11. Juni 1809), Verordnung über Religionsbeſtimmung der Kinder aus gemiſchten Ehen (5. Sept. 1811), Verordnung über das Verbot der Vindication und Amortiſation der auf den Inhaber lautenden Schuldverſchreibungen (8. Juli 1817), Rathsverordnung über Ausklage der Hypotheken und Reſtkaufſchillingsbriefe (8. Juli 1817), Rathsverordnung über Anfang der Großjährigkeit (8. Juli 1817), Verordnung über die gerichtlichen Tranſcriptionen, Währſchaften und desfallſige Gebührenentrichtung bei Beſitzveränderungen der in der Stadt oder deren Gemarkung gelegenen Immobilien (16. März 1820), Expropriationsgeſetz (17. Jan. 1837), Geſetz, die Rangordnung der Gläubiger im Concurs und Abſchaffung der Generalhypotheken betreffend (17. Jan. 1837). — 2) Aus dem Prozeßrechte: Die Prozeßordnung (vom 9. Nov. 1676), Fallitenordnung (3. Juli 1708, erneuert am 22. Auguſt 1719), die Verordnung über Provocationen, Reviſionen, Reſtitutions- und Nullitätsklagen (22. Juli 1788), Verordnung über Zuläſſigkeit der Superreviſion (18. Juni 1793), Verordnung über Competenz der Civilgerichte, Appellationsſumme und Beiziehung der Handelsgerichtsaſſeſſoren in Wechſel- und Handelsſachen (20. Mai 1817), Verordnung über die Oberappellation und Reviſion (8. Febr. 1820), die Taxrolle für die Gerichtsbehörden, Ordnung des geſtempelten Papieres, nebſt Taxordnung für die Advocaten (11. April 1822), die definitive Oberappellationsgerichtsordnung (23. Aug. 1823), Verordnung über Beförderung und Vereinfachung des Verfahrens bei Stadt- und Landamt (13. Dec. 1831), endlich das Stempelgeſetz vom 9. April 1839. S.

Fremde. Fremdenrecht (Gaſtrecht). Unter einem Fremden verſteht man einen ſich im Inlande aufhaltenden Ausländer (subditus temporarius), unter Fremdenrecht den Inbegriff der rechtlichen Verhältniſſe eines Fremden als ſolchen.

Um die geſchichtlichen Wurzeln des einheimiſchen Fremdenrechtes[1]) aufzuſuchen, bedarf es nicht des Eingehens in die Geſchichte des Reiches

---

1) Fremdenrecht der Römer: Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 2. Auflage, Th. 1 (Halle 1837), §. 187, S. 349. Sell, die Recuperatio der Römer. Eine rechtshiſtoriſche Abhandlung. Beitrag zum Völkerrechte überhaupt, insbeſondere des römiſchen. Braunſchweig 1837. Burchardi, Lehrbuch des römiſchen Rechtes Th. 1, die Staats- und Rechtsgeſchichte der Römer enthaltend (Stuttgart 1841), §. 5, S. 44—46, §. 35, S. 105.

und des Rechtes der Römer; wir finden ſie in der Entwickelung des heimiſchen Rechtes[2]). Zur Gewinnung eines ſicheren Ueberblickes des in Teutſchland herrſchenden Fremdenrechtes[3]) müſſen wir auf die einzelnen Rechtsgebiete und dabei auf die Geſtattungen in den verſchiedenen Staaten niederſehen: Strafrecht — Strafverfahren, — Civilrecht — Civilprozeß — Staats- und Völkerrecht.

So weit möglich, ſoll das geſchriebene Recht zum Anhalte dienen.
I. Strafrecht. Es iſt allgemeiner Grundſatz: Die Strafgewalt des Staates erſtreckt ſich nicht nur auf die Bürger deſſelben, ſondern auch auf den Fremden während ſeines Aufenthaltes in deſſen Gebiete[4]). Die neueren Strafgeſetzbücher ſprechen dieſen Grundſatz aus. So heißt es z. B. im preußiſchen Landrechte Th. 2, Tit. 20, §. 12, 13: Nicht nur Unterthanen, ſondern auch Fremde, welche innerhalb der Grenze des Staates ſich aufhalten, ſind ſich um die Geſetze deſſelben zu erkundigen verpflichtet. Dergleichen Fremde, welche innerhalb Landes Verbrechen begehen, werden daher auch nach inländiſchen Geſetzen beſtraft. Im Art. 4 des württembergiſchen Strafgeſetzbuches heißt es: Ausländer werden nach dieſem Geſetzbuche wegen aller innerhalb des Königreiches verſchuldeten Verbrechen oder Vergehen gerichtet. Indeſſen gehen die neueren Criminalgeſetzgebungen noch weiter. Die preußiſche Legislation läßt Fremde wegen im Auslande begangener Verbrechen[5]) beſtrafen (Norm iſt das

---

2) Eſtor, teutſche Rechtsgelahrtheit Th. 3 (Frankfurt 1767), Hauptſt. 16: Von den Fremden und der Gaſtfreiheit der Teutſchen. Heineccius, elementa iuris germ. Tom. I. (Hall. 1736.) Tit. 18.: De quarta hominum divisione et statu peregrinorum. §. 418—431. Staatslexikon, herausgegeben von Welcker und Rotteck Bd. 6, S. 291—317: Gaſtrecht von Jordan.

3) Pestelin, dissert. iustitia et benignitas legum germanicarum erga peregrinos examinata. Rint. 1754.

4) Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutſchen Criminalrechtes (Halle 1833), §. 25, 26, S. 39, 40. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechtes, herausgegeben von Mittermaier, 13. Ausgabe (Gießen 1840), §. 31, S. 53.

5) Boehmer, de delictis extra territorium commiss. Goett. 1748. Rudolph, dissert. de poena delict. extra territ. admiss. Erl. 1790. Buschleb, comm. de principiis iur. civ. publ. et gent. circa comprehens. punit. vel remiss. peregr. qui in alieno territ. deliquerunt. (Goetting. 1800.) Sect. III. Egger, über die Beſtrafung der Verbrechen, welche im Auslande begangen werden (in Zeiller's jährlichen Beiträgen zur Geſetzkunde in Oeſterreich [Wien 1809], Bd. 4, Nr. 3). Feuerbach a. a. O. Note I. des Herausgebers. Tittmann, die Strafrechtspflege in völkerrechtlicher Hinſicht u. ſ. w. Dresden 1817. Abegg, über Beſtrafung der im Auslande begangenen Verbrechen. Landshut 1819. Homann, de delictis peregrinorum. Gron. 1823. Wens, de delictis a civibus extra civit. suam commiss. Gron. 1824. Heffter a. a. O. §. 26, S. 40, 41. Rolin, de iurisdictione iudic. nostr. in extran. Gand. 1827. Siegenbeck, quid iure crim. praecip. de pun. fact. leg. civit. vetit. extra territ. admiss. Lugd. 1827. v. Asch van Wyk, de Delictis extra territor admiss. Traiect. 1839. Scholz III.: Darſtellung des Strafrechtsfalles gegen die Gräfin von Görtz-Wrisberg. Lüneb. 1835. Deſſen juriſtiſches Magazin, neue Folge (Braunſchweig 1836), Heft 2, S. 31 flg.: Wie und unter

Geſetz des Ortes des verübten Vergehens, es ſei denn, daß das inländiſche Geſetz gelinder ſei). Das Strafgeſetzbuch von Oeſterreich zieht den Fremden wegen eines im Auslande begangenen Verbrechens nur dann zur Strafe, wenn es auf die Verfaſſung, auf die öffentlichen Creditpapiere oder auf das Münzweſen dieſes Staates Bezug hat. Die Strafgeſetzgebung Frankreichs erſtreckt ſich auf den Fremden, der im Auslande ſich gegen den franzöſiſchen Staat des Verrathes oder öffentlicher Fälſchung ſchuldig macht. Das bayeriſche Strafgeſetzbuch beſtraft den Ausländer wegen im Auslande begangener Verbrechen gegen den bayeriſchen Staat oder deſſen Staatsbürger. Das Geſetzbuch für das Königreich Sachſen zieht allgemein Fremde wegen im Auslande verübter Verbrechen zur Strafe, jedoch nur dann, wenn das Juſtizminiſterium in die zu dieſem Zwecke einzuleitende Unterſuchung eingewilligt hat (ſ. Mittermaier, im Archive des Criminalrechtes, neue Folge, Jahrgang 1838, S. 5—18). Nach dem württembergiſchen Criminalcodex (Art. 4) ſind demſelben unterworfen: Ausländer wegen der im Auslande begangenen Verbrechen oder Vergehen an dem Regenten von Württemberg, dem württembergiſchen Staate oder an den Behörden oder einem der Unterthanen derſelben, vorbehältlich der durch Staatsverträge feſtgeſetzten beſonderen Beſtimmungen[6]). Das Strafgeſetzbuch für das Großherzogthum Heſſen ſpricht ſich

---

welchen Umſtänden können Verbrechen, im Auslande begangen, beſtraft werden? Erläutert durch die von den herzogl. braunſchweigſchen Gerichten erfolgte Beſtrafung eines in Halberſtadt und Oldenburg von dem Barbiere Lüders begangenen dreifachen Raubmordes. Demme, Annalen der teutſchen und ausländiſchen Criminalrechtspflege Bd. 13 (Altenburg 1840), S. 372 flg.: Herzogthum Anhalt-Köthen: Das Verbrechen des Ausländers im Auslande. Rechtsausführung eines Erkenntniſſes der fürſtlichen Regierung zu Sondershauſen, in einer Unterſuchungsſache wegen angeblicher politiſcher Vergehung. Mitgetheilt vom Cabinetsrath Schop.

6) Nach dem Art. 52 dieſes Geſetzbuches ſoll ein Ausländer, welcher eine Ehrenſtrafe verwirkt hat, ſtatt des Verluſtes der bürgerlichen Ehren- und der Dienſtrechte mit Kreisgefängniß, welches von zwei Monaten bis zu einem Jahre zuzumeſſen iſt und ſtatt der zeitigen Entziehung derſelben mit Kreisgefängniß bis zu ſechs Monaten beſtraft werden. Nach Art. 45 ſollen Ausländer, welche zu einer Zucht- oder Arbeitshausſtrafe verurtheilt worden, nach erſtandener Strafe auf beſtimmte Zeit oder für immer des Landes verwieſen und über die Grenze gebracht werden. Ebenſo ſollen Ausländer auch wegen Vergehen, welche eine geringere Strafe nach ſich ziehen, aus dem Staatsgebiete oder beſtimmten Bezirken und Orten deſſelben zeitig oder für immer fortgewieſen werden, wenn ſich aus der Lebensart, dem Charakter und dem Betragen des Verurtheilten ergibt, daß er der öffentlichen Sicherheit oder Sittlichkeit gefährlich iſt; das Straferkenntniß hat dieſe Ausweiſung und das Nähere derſelben auszuſprechen. Der Art. 5 des württembergiſchen Polizeiſtrafgeſetzes bedroht Fremde, die aus dem Staatsgebiete gewieſen worden ſind und zurückkehren, oder von der ihnen vorgeſchriebenen Wegrichtung abweichen, oder welche ihren Wohnſitz an einem Orte nehmen oder fortſetzen, wo ihnen derſelbe polizeilich verſagt iſt, mit Geld- oder Arreſtſtrafe, bei Rückfällen mit härterer Arreſtſtrafe (vgl. noch Art. 20 und 90 dieſes Geſetzes). Polizeiſtrafgeſetzbuch für das Königreich Württemberg vom 2. October 1839, nebſt der k. Verfügung, betreffend die Anwendung des Polizeiſtrafgeſetzes, amtliche Handausgabe (Stuttgart 1839), S. 3, 7, 8, 34.

(Art. 5) dahin aus: Ausländer werden nach den Beſtimmungen des im Großherzogthume geltenden Geſetzes gerichtet 1) wegen aller darin mit Strafe bedrohten Handlungen, welche innerhalb des Großherzogthums von ihnen begangen worden ſind, 2) wenn ſie ſich zwar außerhalb des großherzoglichen Gebietes, jedoch in Bezug auf den großherzoglichen Staat der Majeſtätsbeleidigung, des Hochverrathes, des Landesverrathes, des Aufruhrs, der Ueberſchwemmung, der Fälſchung von großherzoglichen Stempeln oder Siegeln, von großherzoglichem Stempelpapier oder von im Großherzogthum Cours habenden oder im Handelsverkehre befindlichen Münzen oder Staatspapieren ſchuldig gemacht haben. Doch findet keine Strafe ſtatt, wenn der Ausländer im Inlande gegen einen auswärtigen Staat oder deſſen Behörden ein Verbrechen begangen hat und in dieſem Staate beſtraft oder freigeſprochen worden iſt. Vgl. Bericht des zur Begutachtung des Entwurfes eines Strafgeſetzbuches für das Großherzogthum Heſſen gewählten Ausſchuſſes I. und II. Kammer, erſtattet von dem Abgeordneten Heſſe (Darmſtadt 1840), S. 21, 22. Im Art. 205 des Staatsgrundgeſetzes des Herzogthums Braunſchweig heißt es: Gegen Fremde, welche im Auslande Vergehen begangen haben, können die hieſigen Gerichte nur verfahren, wenn ein Verbrechen gegen den hieſigen Staat oder gegen Landeseinwohner begangen iſt, oder zu Folge einer von der Landesregierung erhaltenen Ermächtigung.

II. Strafverfahren. In dieſer Beziehung kommt die Eigenſchaft als Fremder beſonders wegen Auslieferung zur Sprache[7]. Staatsverträge und Geſetzgebung ſind hier Norm. Richtſchnur ſind dabei die oben unter I. entwickelten Grundſätze. So liefert Bayern Fremde, welche außerhalb dieſes Königreichs delinquirt, aus, wenn das Verbrechen nicht an dem bayeriſchen Staate oder einem Bürger deſſelben begangen wurde. (Wird die Uebernahme eines ſolchen Verbrechers verweigert, ſo wird derſelbe über die Grenze gebracht und ſeine Obrigkeit davon benachrichtigt.) Oeſterreich liefert gleichfalls aus, wenn das von dem Fremden im Auslande verübte Verbrechen nicht zu einem der oben bezeichneten gehört[8]. Nach Art. 206 der Verfaſſungsurkunde des Herzogthums Braunſchweig darf die Auslieferung von Fremden an auswärtige Regierungen nicht ohne Genehmigung der Landesregierung geſchehen; ſie ſoll nicht verſagt werden, wenn ſie von einer teutſchen Regierung verlangt wird, gegen den Auszuliefernden von der competenten Behörde ein Verhaftsbefehl erlaſſen und er entweder Unterthan des requirirenden Staates

---

Mohl, das württembergiſche Polizeiſtrafgeſetz vom 2. October 1839 (Halle 1840), (Beilageheft zum Jahrgange 1840 des Archivs des Criminalrechtes) S. 49 flg.

7) Heffter a. a. O. §. 27, S. 42. Kluit, de deditione profugorum. Lugd. Batav. 1829. Mittermaier, das teutſche Strafverfahren, 3. Aufl., Th. 1 (Heidelberg 1839), §. 59. Gutjahr, de exhibitione delinquentium. Spec. I. II. Lips. 1795. 1797.

8) Hufnagel und Scheurlen, die Gerichtsverfaſſungen der teutſchen Bundesſtaaten Bd. 1 (Tübingen 1829), S. 261, 262.

oder eines in deſſen Gebiete begangenen, nach gemeinem teutſchen Criminalrechte mit Strafe bedrohten Vergehens beſchuldigt iſt und dieſer Staat Reciprocität gelten läßt. Dieß Alles ſoll jedoch unbeſchadet der Vollziehung der über die Auslieferung der Verbrecher bereits beſtehenden oder künftig abzuſchließenden Staatsverträge gelten. Das Staatsgrundgeſetz von Sachſen-Altenburg ſpricht ſich über Auslieferung von Fremden (§. 91, 95) dahin aus: Die Handlungen der Fremden im Landesbereiche unterlägen der richterlichen Beurtheilung nach den inländiſchen geſetzlichen Formen und Vorſchriften; ihre Verurtheilung ziehe in der Regel die Ausweiſung nach ſich; eine Auslieferung an die Gerichte ihrer Heimath zum Zwecke der Unterſuchung und Beſtrafung hier begangener Frevel geſchehe nur in Folge eines Staatsvertrages, oder der vollkommenen Rechtserwiederung in ähnlichen Fällen; Ausländer würden wegen Verbrechen, welche ſie außerhalb des Landes begangen hätten, im Lande zwar verhaftet, aber nur dann zur Unterſuchung gezogen, wenn ſie ſich auch eines Verbrechens im Lande ſchuldig gemacht hätten; ſonſt erfolge ihre Auslieferung an den Ort des von ihnen begangenen Verbrechens, oder an den Staat, dem ſie als Unterthanen angehörten[9]). Ueber Preußen ſ. Fürſtenthal, Lehrbuch des preußiſchen Civil- und Criminalprozeſſes Th. 1 (Königsberg 1827), S. 271, über Heſſen (Großherzogthum) Bopp, Nachträge zur heſſen-darmſtädtiſchen Civilprozeßordnung vom Jahre 1724 u. ſ. w. (Darmſtadt 1839), s. v. Auslieferung und Unterſuchung und Beſtrafung im Auslande begangener Verbrechen, S. 180. Heſſe, Bericht a. a. O. über Mecklenburg-Schwerin, allgemeine juriſtiſche Zeitung von 1828, Nr. 69, S. 225.

III. Civilrecht. In dieſer Beziehung[10]) ſteht, wenn Retorſion nicht eingreift, der Fremde dem Inländer im allgemeinen gleich. Er theilt mit demſelben alle allgemeinen bürgerlichen Rechte, jedoch mit Ausnahme derer, die durch den Genuß des Staatsbürgerrechtes bedingt ſind, ſo wie alle Verbindlichkeiten. So ſpricht ſich z. B. das öſterreichiſche Civilgeſetzbuch dahin aus, den Fremden kämen überhaupt gleiche bürgerliche Rechte, jedoch mit Ausnahme derer, welche die Eigenſchaft als Staatsbürger forderten (eine zweite Ausnahme macht der Grundſatz des Wiedervergeltungsrechtes), und gleiche Verbindlichkeiten mit den Eingebornen zu; ſie hätten alſo die rechtliche Fähigkeit, durch Verträge, Anordnungen des letzten Willens u. ſ. w. zu erwerben, aber auch gleiche Verbindlichkeiten mit den Staatsbürgern[11]). Ein teutſches Staatsgrundgeſetz, das des Herzogthums Sachſen-Altenburg, hat den Grundſatz ausdrücklich

---

9) Teutſchlands Conſtitutionen (Rinteln 1833), S. 230. v. Zangen, die Verfaſſungsgeſetze teutſcher Staaten in ſyſtematiſcher Zuſammenſtellung Th. 3 (Darmſtadt 1836), S. 206, 207.

10) Mittermaier, Grundſätze des gemeinen teutſchen Privatrechtes, vierte Ausgabe, §. 98 flg., wo wir zugleich das Geſchichtliche und die Literatur finden.

11) S. überhaupt Scheidlein, Handbuch des öſterreichiſchen Privatrechtes Th. 1 (Wien und Trieſt 1814), §. 33—37, S. 24—28.

in ſeinen Kreis hineingezogen. Denn es heißt im §. 94: Zeitige Unterthanen (Fremde) ſind ſolche, die ſich nur vorübergehend im Lande aufhalten, ohne daſelbſt in den Verband der Landesunterthanen aufgenommen zu werden. Sie ſtehen auf die Dauer ihres Aufenthaltes unter dem Schutze der Landesgeſetze und haben ſich derſelben Privatrechte zu erfreuen, wie die Landesunterthanen. Sie ſind daher (mit Ausnahme fremder Souverains und ihrer Familienglieder, und der fremden vom herzoglichen Hofe beglaubigten Geſandten) den Landesgeſetzen unterworfen und dem Staate die Leiſtungen ſchuldig, welche nach den Geſetzen und Ortsſtatuten von ihnen gefordert werden können[12]). Ueber Württemberg ſ. Weishaar, Handbuch des württembergiſchen Privatrechtes, 3. Ausgabe, Th. 1 (Stuttgart 1831), §. 80: Unterſchied der Einheimiſchen und Fremden, §. 80—83: Retorſion. Verordnung der Retorſion in einzelnen Rechtsverhältniſſen, S. 89—92, über Bayern dieſes Lexikon Bd. 1, S. 720, 721, über Frankfurt a. M. Bender, Lehrbuch des Privatrechtes der freien Stadt Frankfurt (Frankfurt 1835), Regiſter s. v. Fremde.

IV. Civilprozeß. Auch auf dieſem Rechtsgebiete ſteht der Fremde im Ganzen dem Inländer gleich[13]). Nur in einzelnen Beziehungen macht ſich eine bald günſtige, bald ungünſtige Verſchiedenheit geltend. So muß z. B. der Fremde, welcher einen Inländer belangt, Caution wegen der Prozeßkoſten leiſten, wenn er nicht im Inlande mit Immobilien angeſeſſen iſt[14]). Bei dem Inſtitute des Arreſtprozeſſes ſteht der Fremde dem Inländer gegenüber; ſ. den erſten Band dieſes Lexikons s. v. Arreſt, Arreſtprozeſſe. Geſetze einzelner Staaten verordnen, daß Reiſenden möglichſt ſchnelle Rechtshilfe geleiſtet werden ſoll. Dahin geht z. B. eine heſſen-kaſſelſche Verordnung vom Jahre 1767[15]). (Schon die Hofgerichtsordnung vom Jahre 1524 verordnet §. 25, daß Fremden

12) Im §. 96 wird der Retorſion gedacht: Sollten in einem anderen Staate durch Geſetz oder beſondere Verfügungen Fremde im allgemeinen oder Altenburger insbeſondere von den Vortheilen geſetzlicher Privatrechte der dortigen Unterthanen ausgeſchloſſen ſein, ſo kann ein Erwiederungsrecht gegen letztere, wenn ſie im Herzogthume Altenburg verweilen, jedoch nur mit Einwilligung des Landesherrn angewendet werden. Teutſchlands Conſtitutionen S. 230. v. Zangen a. a. O. S. 207.

13) Selchow, elementa iur. germ. ed. VI. (Goett. 1779.) §. 548. p. 617. Balthasar, diss. de iure peregrinorum singulari circa processum germ. vulgo sensu eminentiori Gaſtrecht appellato 1742. — Ueber den Gerichtsſtand der Fremden: Claproth, Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß, 3. Ausgabe (Göttingen 1795), Th. 1, §. 32, S. 125.

14) Dieß iſt z. B. in Bayern Rechtens. v. Wendt, Handbuch des bayeriſchen Civilprozeſſes Th. 2 (Nürnberg 1827), §. 215: Cautionen, S. 98, 99. Vgl. im allgemeinen Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozeſſes, 11. Ausgabe (Heidelberg 1834), §. 310.

15) Wagner, Grundzüge der Gerichtsverfaſſung und des untergerichtlichen Verfahrens, 2. Ausgabe (Marburg 1827), §. 199, S. 184, 185. In Kurheſſen haben Fremde, welche nicht von Adel oder Literaten ſind, oder ſonſt er-

in unaufſchieblichen Sachen auch während der Ferien zu ihrem Rechte verholfen werden ſolle. Wagner a. a. O. §. 36, Note 8.)

Ueber Preußen ſ. Fürſtenthal a. a. O. §. 12, 214, 245, über Frankfurt Bender, Lehrbuch des Civilprozeſſes der freien Stadt Frankfurt (Frankfurt 1837), S. 45, 52, 80.

V. Staats- und Völkerrecht. Der Fremde genießt den Schutz des Staates, in deſſen Gebiete er ſich aufhält [16]), ein Grundſatz, den einige teutſche Staatsgrundgeſetze ausdrücklich ausgeſprochen haben. So heißt es z. B. im §. 28 der Verfaſſungsurkunde des Herzogthums Braunſchweig: Fremde, während ihres Aufenthaltes im Staatsgebiete, genießen den Schutz der Geſetze und ſind zu deren Beobachtung verpflichtet. Die Verwaltungsbehörden entſcheiden, ob und wie lange ihnen der Aufenthalt zu geſtatten ſei; in dem §. 29 der Verfaſſungsurkunde des Kurfürſtenthums Heſſen und im §. 24 der des Königreichs Sachſen: Der Aufenthalt innerhalb der Grenzen des Staates verpflichtet zur Beobachtung der Geſetze deſſelben und begründet dagegen den geſetzlichen Schutz [17]). Gleiche Zuſage enthält der ſchon genannte §. 94 der Verfaſſungsurkunde des Herzogthums Sachſen-Altenburg, die ſich im §. 97, 98 [18]) weiter dahin ausſpricht: Ausländern ſteht es frei, im Herzogthume Altenburg zu irgend einer Wiſſenſchaft, Kunſt oder einem Gewerbe ſich auszubilden und ſie haben ſich dieſerhalb des Staatsſchutzes zu erfreuen, gewinnen aber dadurch ſo wenig, als wenn ſie ſich daſelbſt in Koſt oder Lohn eines Staatsbürgers befinden, ein Recht auf die Aufnahme als Unterthanen. Von ſelbſt verſteht es ſich, daß ſie während ihres Aufenthaltes im Lande genau deſſen Geſetze zu befolgen haben. Diejenigen Ausländer, welche ſich auf einige Zeit zu Betreibung von Geſchäften oder ſonſt auf ſelbſtſtändige Weiſe im Lande aufhalten wollen, müſſen dieſerhalb die Erlaubniß der Ortsobrigkeit auswirken, welche ihnen dieſelbe mittelſt einer Aufenthaltskarte ertheilt. Unterobrigkeiten haben die Aufenthalskarten nicht länger als auf ſechs Monate auszuſtellen; doch ſteht der Landesregierung wegen eines längeren Aufenthaltes der Fremden das Diſpenſationsrecht zu. Der bloße Aufenthalt ohne förmliche Aufnahme in eine Gemeinde des Landes erwirbt an ſich kein Heimathsrecht [19]). In-

---

weislich eine anſehnliche Würde bekleiden, ihren Gerichtsſtand vor den Untergerichten, dagegen Fremde, welche außerhalb Landes erweislich in anſehnlichen Ehrenämtern ſtehen oder geſtanden haben, Adelige und Studenten, ihr Forum bei den Obergerichten. Wagner a. a. O. §. 6, 13, S. 32, 39. Nachträge zu den Grundzügen u. ſ. w. (Caſſel 1833), §. 6 a, S. 6, §. 13 a, S. 15.

16) Saalfeld, Grundriß eines Syſtems des europäiſchen Völkerrechtes (Göttingen 1809), S. 32—35.

17) Teutſchlands Conſtitutionen S. 191, 261. v. Zangen a. a. O. S. 117, 162.

18) Teutſchlands Conſtitutionen S. 230. v. Zangen a. a. O. S. 207.

19) Nach dem königlich bayeriſchen Edicte über das Indigenat, vom Jahre 1818, können Fremde, welche ſich in dieſem Staate aufhalten, um ihre wiſſenſchaftliche, Kunſt- oder induſtrielle Bildung zu erlangen, oder ſich in Geſchäften zu üben, oder welche ſich in Privatdienſten befinden, ohne ſich förmlich anſäſſig

deſſen genießt der Fremde den Schutz des Staates nur unter der Bedingung, daß er den Geſetzen gehorcht, ſonſt kann er ausgewieſen werden[20]). Der teutſchen Bundesverſammlung ſteht die Befugniß zu, entſprechenden Falles Fremden Schutzbriefe für den Aufenthalt an ihrem Sitze, zu Frankfurt, zu ertheilen[21]). Einen ganz beſonderen Rechtskreis füllen die Fremden aus, welche, wie Souveraine, Geſandte u. ſ. w., Exterritorialität genießen. Heffter a. a. O. §. 25, S. 39. Feuerbach a. a. O. §. 31, S. 53. — Wünſche, daß Teutſche unter ſich, nach der Verſchiedenheit des Staates oder des Städtchens, nicht als Fremde angeſehen würden, ſind ſchon oft ausgeſprochen worden. Tugend, Einſicht, Kenntniſſe, Geſchicklichkeit, ſagt Klüber a. a. O. §. 489, Note e, S. 661, ſollten überall wie ein Gemeingut behandelt werden, das jeder anſpricht und jedem offen ſteht. Schon darum ſollten in keinem teutſchen Staate Teutſche engherzig wie Fremde behandelt werden. Wie viel, fügt dieſer Publiciſt hinzu, haben nicht oft ſchon die ſogenannten Fremden gewirkt und geleiſtet! Vgl. Welcker, die Vervollkommnung der organiſchen Entwickelung des teutſchen Bundes zur beſtmöglichen Förderung teutſcher Nationaleinheit und teutſcher ſtaatsbürgerlichen Freiheit (Karlsruhe 1831), und Hofmann, über allgemeines teutſches Staatsbürgerrecht, S. 1 flg. des erſten Bandes der Weick'ſchen Annalen für Geſchichte und Politik. Leipzig und Stuttgart 1833.

Bopp.

Friſt, der zur Ausführung einer Handlung beſtimmte Zeitraum; in rechtlicher Bedeutung: der Zeitraum, binnen deſſen Jemand legal thätig werden ſoll[1]). Dieſer Zeitraum iſt entweder auf Einen Punkt, auf Einen Tag zuſammengedrängt — Termin (ſ. den Art.), Tagefahrt (terminus [2])), oder er begreift eine längere Zeit — Friſt im eigentlichen Sinne (terminus intra quem). Im gewöhnlichen Geſchäftsleben werden jedoch beide Ausdrücke häufig verwechſelt. Eine Friſt umfaßt allemal zwei Termine, den Anfangs- und Endpunkt — terminus a quo und ad quem. Im engſten Sinne bedeutet auch Friſt ſ. v. w. Friſtverlängerung (dilatio ſ. w. u.). Blos von den Friſten im engeren Sinne und blos von den zu Prozeßhandlungen üblichen Friſten

---

gemacht oder eine Anſtellung erlangt zu haben, auf die Rechte eines Einheimiſchen keine Anſprüche machen. v. Zangen Th. 1 (Darmſtadt 1828), S. 160. Großherzogthum Heſſen: Weiß, Syſtem des Verfaſſungsrechtes des Großherzogthums Heſſen (Darmſtadt 1837), S. 223.

20) Mohl, Syſtem der Präventivjuſtiz oder der Rechtspolizei (Tübingen 1834), S. 95, 96.

21) Klüber, öffentliches Recht des teutſchen Bundes und der Bundesſtaaten, 3. Auflage (Frankfurt 1831), §. 143, S. 160.

1) So Gensler, im Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. 4, Hft. 2, Nr. 16, S. 191, und im Commentar zu Martin's Civilprozeßlehrbuch von Morſtadt Bd. 1, §. 116, S. 199. Vgl. Glück, im Pandektencommentar Th. 3, §. 265, S. 539.

2) c. 1. de dolo et contumacia in 6to. (2. 6.)

handelt der gegenwärtige Artikel. Die ältere Literatur[3]) über dieſe Materie war übrigens fruchtbarer als die ſpätere[4]).

Die ganze Friſtenlehre iſt der Rechtsphiloſophie unbekannt, ja es ſcheint deren Grundſätzen zu widerſprechen, daß Recht und Gerechtigkeit vom Ablaufe einer Zeit abhängen ſollen[5]). Denn die Nichtbenutzung eines Rechtes binnen einer gewiſſen Zeit ſpricht nicht dafür, daß der Berechtigte das Recht ganz aufgeben wolle, da er bei der Nichtbenutzung eine Menge anderer Abſichten, als dieſe, gehabt haben kann; ſie gibt auch ohne weiteres keinem Anderen ein Recht, das Nichtbenutzte nun für ſich zu nutzen. Deſto mehr ſpricht die Prozeßpolitik für die Friſtenlehre. Wenn die vor den Richter gebrachte Sache nicht ſo ganz klar und erwieſen vorliegt, daß ein Richterſpruch ohne weiteres erfolgen kann, ſo erfordert es die Gleichheit der Parteirechte, daß das Vorbringen des einen Theiles vorher dem Gegentheile zur Beantwortung, beiden Theilen Gelegenheit gegeben werde, ihre gegenſeitigen Anſprüche zu entwickeln. Dieß aber nach Willkür hinzuziehen, oder gar zu unterlaſſen und dadurch die Ertheilung des Richterſpruches zu verziehen oder zu hindern, darf, wenn der Zweck der Juſtizpflege erreicht werden ſoll, keiner Partei möglich ſein[6]). Daher muß eine Zeitbeſtimmung gegeben werden, binnen welcher die Parteien thätig ſein müſſen. Es muß zur Rechtswahrung die beſtimmte Zeit ausreichend ſein, damit ſchädliche Uebereilung verhütet, ſie muß aber auch nicht zu lang ſein, damit die Ertheilung des Richterſpruches nicht ungebührlich hinausgeſchoben werde. Es muß derjenige, der in der beſtimmten Zeit gar nicht, oder nicht gehörig das bewirkt, was er zu bewirken hat, mit Nachtheilen dafür bedroht ſein, und dieſe Nachtheile müſſen ihn treffen. So wird dadurch die Juſtizpflege gefördert und ſo entſpricht die Friſtenlehre zugleich den Principien des allgemeinen Staats-

---

3) Sie findet ſich in der Lipen'ſchen Bibliothek. Wir erwähnen hier nur: Lanfrancus de Oriano, de ditationibus Tr. III. Schütz, disp. de dilationibus. Giessae. Bastineller, de expensis termini. Halae 1716 (1715). Bechmann, de termino Saxonico. Jenae 1687. Glasser, de circumductione termini. Lips. Naevius, de terminis legalibus. Viteb. 1675. Idem, de terminis fatalibus. Viteb. 1676. Wildvogel, de termino circumducto (Jenae 1709), et de termino Saxonico (Jenae 1710), in eiusd. coll. dispp. nr. 40 et 41. Phil. d'Orville, de term. circumduct. Marb. 1717. Gundling, von der ſächſiſchen Friſt, in Gundlingiana, St. 26, Nr. 1, S. 1. Halle 1721. Mencken, Progr. exceptionem angusti termini ex officio attendi debere. Viteb. 1726. Knorr, de recto dilationum usu. Halae 1739.

4) Außer den nachſtehend bei beſonderen Veranlaſſungen angezogenen Schriften: a Balthasar, de termin. et fatalib. iudic. eorumque comput. Gryphisw. 1748. Hagemann, über Friſten und Termine nach franzöſ. und weſtphäl. Rechten. Hannover 1811. Das Ausführlichſte darüber findet ſich in der vorangezogenen Gensler'ſchen Abhandlung.

5) Gärtner, Kritik des Unterſuchungsprincipes des preußiſchen Civilprozeſſes (Berlin 1832), Cap. 4, S. 35–38.

6) Dieß iſt auch das Motiv unſerer poſitiven Geſetzgebung rückſichtlich der Friſtenlehre. c. 13. pr. C. de iudiciis. (2. 1.)

rechtes [7]). Daher finden wir auch, ſobald der Prozeß nur einige Ausbildung erhielt, die Friſtenlehre. Das römiſche Recht verordnete für die Dauer jedes Civilprozeſſes höchſtens eine dreijährige, jedes Criminalprozeſſes höchſtens eine zweijährige Friſt [8]), allein die Päbſte hoben wenigſtens das Erſtere auf [9]), ſetzten aber die Bindigkeit präcluſiver Friſten für einzelne Handlungen feſt [10]). So kam erſtgedachte Vorſchrift außer Gebrauch [11]). Obgleich von der jetzigen Friſtenlehre ſchon die älteren fränkiſchen und anderen germaniſchen Rechte Spuren enthalten [12]), ſo bildete ſie ſich doch vorzüglich aus dem canoniſchen Rechte aus. Doch findet man darin hauptſächlich nur die Friſt zum Vortrag aller dilatoriſchen Einreden und die Beweisfriſt erwähnt. Der Gerichtsbrauch blieb dabei nicht ſtehen und namentlich ſtritten ſich ſchon früh die Gelehrten darüber, ob und inwiefern nach Ablauf einer Friſt Nachholung der verſäumten Handlung zu geſtatten ſei oder nicht [13]). Aber auch in den neueren Zeiten erlitten Theorie und Praxis des Friſtenweſens vielfache Veränderungen [14]).

Dadurch bildete ſich auch die Eintheilung der Friſten, je nach Verſchiedenheit der Subjecte, von welchen erſtere ertheilt wurden, in geſetzliche Friſten (Ordnungsfriſten [15])), richterliche, gemiſchte und conventionelle (compromiſſoriſche, bedingte, gewillkürte) Friſten. Die geſetzlichen, die vom Geſetze ſelbſt oder von einer unbeſtrittenen Obſervanz vorgeſchriebenen, ſind nämlich entweder ohne weiteres ihren Anfangs- und Endpunkten nach im Geſetze beſtimmt, ſo daß die Parteien ſie befolgen müſſen, ohne daß dieß erſt richterlich anbefohlen zu werden braucht (dilationes legales, absolute tales), oder das Geſetz beſtimmt ſie nur im allgemeinen, überläßt aber die Beſtimmung für jeden einzelnen Fall, namentlich die Wahl unter mehreren vom Geſetze beſtimmten Friſten, dem Richter. Dieß ſind die oben erwähnten gemiſchten Friſten (dilationes legales secundum quid tales). Daß die richterlichen Friſten diejenigen ſind, welche blos vom Richter mittelſt Decretes, ohne geſetzliche Anweiſung dazu, vorgeſchrieben, die conventionellen hingegen diejenigen,

---

7) Gensler in der angezogenen Archivſtelle §. 9, S. 197, und in dem Commentar §. 117 u. 118, S. 204. Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 126.

8) Fr. 13. §. 1. D. de iudiciis. (2. 1.) c. 3. C. ut intra cert. temp. (9. 44.)

9) c. 20. X. de iudiciis. (2. 1.)

10) c. 4. X. de offic. et pot. iud. del. (1. 29.) c. 14. X. de privil. et excessib. privilegiatorum. (5. 33.)

11) Böhmer, ius eccles. prot. tom. I. lib. II. tit. I. §. 14. Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozeſſes §. 116.

12) Gundlingiana l. c.

13) Das Umſtändlichere über dieſen hiſtoriſchen Theil des Friſtenweſens, ſo wie vorzüglich über die damalige Literatur, ſ. bei Brandis, Abhandl. aus dem Civilprozeſſe Bd. 1 (Jena 1834), S. 47 flg.

14) Brinkmann, wiſſenſchaftlich-praktiſche Rechtskunde (Schleswig 1831), Bd. 1, Abh. 60, S. 339.

15) Oelze, Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 93, S. 120.

welche durch Compromiß von beiden Parteien feſtgeſtellt werden, bedarf kaum einer Erinnerung. Die Anheimgebung der Friſtbeſtimmung im Einzelnen an den Richter iſt bei den eigentlichen Terminen (ſ. o.) unvermeidlich. Da die angeordneten Friſten den Zweck der Förderung der Rechtspflege nur ſehr unvollkommen, größerentheils gar nicht erreichen würden, wenn deren Beobachtung der Willkür der Parteien überlaſſen bliebe, ſo müſſen Nachtheile für die Nichtbeobachtung angedroht werden. Von dieſen muß wo möglich die Sache ſelbſt getroffen werden, von der die Rede iſt, ſollen ſie volle Wirkſamkeit äußern. Sie müſſen alſo in dem Verluſte des Rechtes zu derjenigen Handlung beſtehen, für welche die Friſt angeordnet iſt. Da dieß offenbar den Grundſätzen der Rechtsphiloſophie zuwider läuft, ſo kann die durch die Prozeßpolitik gebotene Beſtimmung jener Präjudize nur durch die Erwägung gerechtfertigt werden, daß der Staat ohnehin nur formelles Recht geben kann und daß dazu diejenigen Mittel gewählt werden müſſen, wodurch materielles Recht, dem eigentlich das formelle nur dient, möglichſt erreicht wird[16]. Jener Verluſt iſt jedoch nicht wirkſam und kann daher nicht angedroht werden da, wo die innerhalb der Friſt vorgeſchriebene Prozeßhandlung für die ungehorſame Partei ohne Intereſſe iſt. Es muß aber zugleich der durch die Unterlaſſung der befohlenen Handlung für die Gegenpartei entſtehende Schade nicht dieſer, ſondern der ungehorſamen Partei zur Laſt fallen; letztere muß die Prozeßkoſten bezahlen. Daher ſind die Befehle, ſeien es geſetzliche oder richterliche, durch welche die Friſt feſtgeſtellt wird, in Beziehung auf die Wirkung der Verſäumniß der Friſten, auf die dafür angedrohten Nachtheile, Präjudize, entweder blos monitoriſch, d. i. wenn darin die beſtimmte Handlung nicht zur Zwangspflicht gemacht, wenn die Partei, welcher ſie gilt, nur von der Handlung in Kenntniß geſetzt und ihr überlaſſen wird, dabei nach Belieben oder auch gar nicht thätig zu ſein, ohne daß ſie im letzteren Falle ein Nachtheil trifft; oder arctatoriſch, wenn die Unterlaſſung der anbefohlenen Handlung als Ungehorſam angeſehen wird. Dieſer Ungehorſam führt entweder, außer der auf den Ungehorſamen fallenden Bezahlung der Koſten für Verſäumung der Friſt, auch einen Nachtheil für den Ungehorſamen in Bezug auf das Materiale des Prozeſſes ſelbſt herbei, indem er theils die Befugniß zur Vornahme der in der gebotenen Friſt unterlaſſenen Handlung vernichtet, zerſtört, theils eine dem Verſäumenden nachtheilige Annahme der Art, wie die vorzunehmen geweſene Handlung von dem Verſäumenden würde vorgenommen worden ſein, wenn er dieß bewirkt hätte, erzeugt — peremtoriſcher Befehl, oder er hat in dem Prozeſſe ſelbſt nur gedachte Koſtenbezahlung von Seiten des Ungehorſamen zur Folge — dilatoriſcher Befehl. Daher auch die Ausdrücke monitoriſche, arctatoriſche, peremtoriſche, dilatoriſche Citation und peremtoriſche oder zerſtörende Friſt, Nothfriſt (fatale). Irrig iſt es aber, wenn man die Ausdrücke, peremtoriſche, zerſtörende, Nothfriſt, für gleichbedeu-

16) Brandis a. a. O. S. 3.

tend mit Präcluſivfriſt annimmt, d. i. diejenige Friſt, binnen welcher eine Handlung vorgenommen werden muß, wenn ſie nicht, wie außerdem geſchieht, für verſäumt geachtet werden ſoll und daher ſpäterhin gar nicht vorgenommen werden darf. Dieß iſt nur eine Art der Nothfriſten, die oft vorkommt, bei weitem nicht immer, da z. B. das ſächſiſche Präjudiz des Eingeſtändniſſes und der Ueberführung, das Präjudiz, daß eine Urkunde für anerkannt geachtet werden ſoll u. ſ. w., wenn ſie für den Fall der Verſäumniß einer Friſt angedroht ſind, auch Nothfriſten, aber keine Präcluſivfriſten begründen. Zu den dilatoriſchen Befehlen gehört auch, wiewohl nicht ohne Widerſpruch, der Pönalbefehl, Strafbefehl, d. i. derjenige, welcher auf Verſäumniß der Friſt, außer der Koſtenbezahlung, auch noch eine Strafe androht. Sehr verſchieden iſt der Effect der Nothfriſt, je nachdem ſie vom Geſetz oder vom Richter oder von beiden feſtgeſetzt iſt. Die geſetzliche Friſt iſt in der Regel eine Nothfriſt, obgleich ihr Begriff dieß nicht unumgänglich nothwendig erheiſcht, daher heißt ſie auch fatale im ſpeciellen Sinne, unbedingtes Fatale, abſolute Nothfriſt; ſie läuft vom Moment einer Prozeßhandlung an ohne weiteres für eine andere und kann daher richterlich nicht verlängert und nicht verkürzt[17]) werden (z. B. die für Einwendung eines Rechtsmittels beſtimmte zehntägige Nothfriſt), wenn nicht dazu im Geſetze ausdrückliche Erlaubniß gegeben iſt[18]). Denn jede Partei hat ein erworbenes Recht darauf. Die gemiſchte Nothfriſt (fatale secundum quid tale), eine gemiſchte Friſt (ſ. o.), die der Richter mittelſt Decretes ausdrücklich für peremtoriſch erklärt hat, darf dieſer zwar verlängern[19]), aber nicht verkürzen, weil er keiner Partei das durch die Geſetze ihr gegebene Recht verkürzen kann und weil die gemiſchte Nothfriſt ſo weit unbedingt geſetzliche Friſt iſt, als den Zeitraum das Geſetz ſelbſt vorſchreibt. Die rein richterliche Friſt kann der Richter verlängern und verkürzen[20]). Allein nicht zu überſehen iſt, daß in Fällen, wo weder das Geſetz noch richterliches Erkenntniß die Beſtimmung präcluſiver Friſten vorſchreibt, der Richter keine Partei mit dem Verluſte weſentlicher Rechte giltig bedrohen kann[21]). Iſt endlich eine Nothfriſt conventionell feſtgeſetzt, ſo hängen Verlängerung und Verkürzung von der Uebereinkunft beider Parteien ab, da erſtere ihre ganze Eigenſchaft, als Nothfriſt, dem freien Willen, der Willkür der Parteien verdankt. Iſt es ungewiß, ob eine conventionelle Friſt eine Nothfriſt ſei oder nicht, ſo ſpricht

---

17) Kammergerichtsordn. von 1555 Th. 2, Tit. 29, §. 2.

18) c. 5. X. de appellationibus, recusat. et relat. (2. 28.)

19) Fr. 4. §. 5. D. de re iudicata. (42. 1.)

20) Fr. 2. D. eod. Gönner, in dem nachſtehend angezogenen Handbuche, a. a. O. §. 4, S. 160. Biener, systema proc. §. 59. v. Hartitzſch, am nachſtehend a. O. Nr. 189, S. 130.

21) Gönner, Handbuch des teutſchen gemeinen Prozeſſes Bd. 2, Nr. 31, §. 7, S. 162. Auf ein dieß beſtätigendes Erkenntniß des Appellationsgerichtes zu Leipzig beruft ſich v. Hartitzſch, Entſcheidungen praktiſcher Rechtsfragen (Leipzig 1840), Nr. 190, S. 180.

für Erſteres nicht die Präſumtion, außer wenn das Compromiß über eine richterlich, geſetzlich oder gemiſcht peremtoriſche Friſt geſchloſſen wurde. Die Parteien können auch eine abſolute, eine gemiſchte und eine rein richterliche Nothfriſt durch gemeinſchaftliche Uebereinkunft zu einer conventionellen Nothfriſt machen, und alſo jene drei Friſten verlängern und verkürzen[22], doch darf der Richter, bei vorherzuſehendem Nachtheile der Friſtverlängerung, der letzteren Schranken ſetzen[23]. Daher ſchreibt hierbei das, wenn gleich nicht formell, doch materiell geltende[24] Concept der kaiſerlichen Kammergerichtsordnung von 1673[25] ausdrücklich die jedesmalige Einholung richterlicher Genehmigung vor. In der Regel iſt es durch Obſervanz beſtimmt, wie oft Friſtverlängerungen geſtattet und wie die Friſten, ob dilatoriſch oder arctatoriſch, für jede einzelne Prozeßhandlung ſind. Auch ſind in der Regel die erſten geſetzlichen Friſten ſogleich Nothfriſten, von den richterlichen aber gemeinrechtlich erſt die dritte[26], wenn nicht der Richter es vorzieht[27], gleich für die erſte Friſt einen ſo langen Zeitraum, als außerdem drei Friſten einnehmen würden (unum pro omnibus), zu verwilligen, dagegen aber gleich dieſe erſte Friſt für peremtoriſch zu erklären[28]. Die Geſetze des teutſchen Reiches beſtimmen einen peremtoriſchen Termin in dieſer Maße von wenigſtens 60 Tagen[29].

Die römiſchen Geſetze[30] enthalten die, jedoch jetzt nicht mehr beobachtete, Beſtimmung, daß keine Friſt kürzer als 10 Tage ſein[31], daß jedoch der Schluß der Friſt nicht in die Ferien (ſ. d. Art. Feſt) fallen, mindeſtens, wenn dieß iſt, die Unterlaſſung der Handlung dem Säumigen vor Ende der Ferien nicht als Ungehorſam angerechnet werden[32] und daß den Erben der innerhalb der beſtimmten Friſt geſtorbe-

---

22) Fr. 14. D. de receptis. (4. 8.) Fr. 5. §. 6. C. de temporibus et reparationib. (7. 63.) c. 28. i. f. X. de off. et pot. iud. del. (1. 29.)

23) Fr. 45. pr. D. de re iud. (42. 1.) c. 4. C. de dilat. (3. 11.) Clem. 4. de appellationibus. (2. 12.) Bülow und Hagemann, praktiſche Erörterungen Th. 4, Erört. 30.

24) Schmauss, corpus iuris publici. (Lipsiae 1774.) nr. XLVII. not. a. p. 331.

25) Th. III, Tit. X, §. 13. Schmauß a. a. O. S. 610.

26) Fr. 68. 69 u. 70. D. de iudiciis et ubi. (5. 1.)

27) Fr. 72. D. eod. Fr. 53. §. 1. D. de re iudicat. (42. 1.) c. 8 u. 9. C. quomodo et quando. (7. 43.) Oelze a. a. O. §. 87, S. 110.

28) Ueber dieſe ganze Materie bis hierher vgl. Grolman a. a. O.; Glück a. a. O. Th. 3, §. 265, S. 539 flg.; Gensler, im Archiv a. a. O. §. 3 flg., S. 192 flg.; Martin a. a. O. §. 116; Gensler-Morſtadt, im angez. Commentar dazu Th. 1, S. 199 flg.

29) Reichsabſchied v. 1654, §. 36, bei Schmauß a. a. O. S. 969. Oelze a. a. O.

30) Martin a. a. O.

31) Fr. 69. D. de iud. et ubi quisque. (5. 1.) c. 13. §. 2. C. de iudiciis. (3. 1.) Glück a. a. O. S. 373. Martin a. a. O.

32) Tit. D. C. et X. de feriis. (2. 12. 3. 12. 2. 9.) c. 21. X. de iudic. (2. 1.) Ueber den Friſtenlauf während der Ferien ſ. Schlüter und Wallis, juriſtiſche Zeitung, Jahrg. 5, 1830, Hft. 2, S. 14.

nen Partei dieſe volle Friſt, wiewohl mit Ausnahmen[33]), wieder von Zeit des Antrittes der Erbſchaft an laufen ſoll[34]). Kürzere Friſten können nur durch Gefahr auf dem Verzuge gerechtfertigt werden, wenn nicht durch die Natur der Sache nach Particulargeſetzen oder Obſervanz eine geringere Friſt eingeführt iſt, wie in den mehreſten ſummariſchen, in Polizei-, Handwerks- und unbedeutenden Sachen. Gemeinrechtlich iſt es das richterliche Ermeſſen, welches in der Regel die Dauer der Friſten beſtimmt, und es iſt nur noch rückſichtlich der Ferien zu bemerken, daß zur Zeit kirchlicher Ferien nur diejenigen gerichtlichen Handlungen giltig vorgenommen werden können, welche durchaus keinen Verzug leiden, wogegen auf die weltlichen Ferien jede Partei giltig verzichten kann. Dieß Letztere wird präſumirt, wenn die Partei die gerichtlich gebotene Handlung bewirkt, ohne ihre Verbindlichkeit hierzu wegen der eingefallenen Ferien zu verneinen (exceptio feriarum)[35]). Eine der bekannteſten particularrechtlichen Friſtbeſtimmungen iſt die ſächſiſche. Die alten Sachſen hatten früher auch drei Friſten, ehe die Friſt peremtoriſch wurde. Sie rechneten, wie die Altteutſchen in der Regel[36]), nach Nächten und zwar auf eine Friſt 14 Nächte. Um ſie ſogleich in eine peremtoriſche Friſt zu faſſen, mußten dreimal 14 Nächte und 3 Terminstage zuſammengerechnet werden, und ſo entſtand die bekannte ſächſiſche Friſt von 45 Tagen oder 6 Wochen und 3 Tagen[37]), welche in der Regel (neuerlich ſind manche Ausnahmen gemacht worden) für jede arctatoriſche Ladung in den ſächſiſchen Prozeßordnungen als Friſt vorgeſchrieben iſt[38]). Dagegen iſt die Friſt für das in einem Termine zum Protocoll zu bewirkende Verfahren (Verfahren vom Munde aus in die Feder) nach den älteren Prozeßordnungen auf 7 Tage beſtimmt, ſo daß für den Provocationsſatz der erſte und zweite, für den Exceptionsſatz der dritte und vierte, für Replik und Duplik der fünfte und ſechſte, endlich für Triplik und Quadruplik der letzte Tag, jedem zur Hälfte, gerechnet werden. Da, wo nur in vier Sätzen verfahren wird, beſteht eine verhältnißmäßige Vertheilung des Ueberſchuſſes darauf[39]). Hierbei wird der Grundſatz zur Anwendung gebracht, daß bei Terminen, die mehrere Tage begreifen[40]), und bei denjenigen

---

33) Fr. 29. D. de re iudicat. (42. 1.)

34) c. 6. C. si pend. appell. mors. interv. (7. 66.)

35) Gensler-Morſtadt, im Commentar a. a. O. S. 203.

36) L. Longobard. L. 2. 43. 1. Tacitus, de morib. Germanorum c. 11.

37) Gundlingiana a. a. O. Nr. 1, §. 2, S. 2 u. 3. Knorr, Anleitung zum gerichtl. Prozeſſe Bch. 1, Hauptſt. 2, §. 8, S. 48. Haubold, opuscula. Vol. II. (Lipsiae 1829.) p. 101.

38) Oeltze a. a. O. §. 88, Anm. 1, S. 12. Sie pflegt ſogar der ſächſiſchen Verjährungszeit zugeſetzt zu werden, ſo daß das ſächſiſche Jahr und Tag (annus saxonicus) 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tage, die gewöhnliche ſächſiſche Verjährungsfriſt 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage halten.

39) v. Hartitzſch a. a. O. Nr. 192, S. 181 flg.

40) Kori, Theorie des ſächſiſchen bürgerlichen Prozeſſes §. 36, S. 67.

Friſten, welche nach Stunden zu berechnen ſind[41]), die geſetzlichen Feiertage nicht mitgezählt werden. Alles dieß iſt jedoch durch die neueren Prozeßgeſetze häufig geändert. Im Königreiche Sachſen beſteht die ausdrückliche Vorſchrift, daß alle Prozeßfriſten (nicht Termine) bis Nachmittags 5 Uhr, als dem Ende der Gerichtszeit desjenigen Tages laufen, an welchem ſie zu Ende gehen[42]).

In der Regel[43]) laufen die Friſten, ohne durch Feiertage unterbrochen zu werden (tempus continuum[44])), nach der natürlichen oder gewöhnlichen juridiſchen Zeitrechnung (ſ. den Art. Zeit)[45]), die geſetzlichen Nothfriſten vom Augenblicke des Eintrittes bis zum Augenblicke des Schluſſes (a momento ad momentum)[46]). Wird aber die Friſt in einem inſinuirten Decrete feſtgeſetzt, ſo beginnt ihr Lauf erſt am nächſten Tage nach erfolgter Inſinuation[47]), und es werden richterliche Friſten als erſt durch den Schluß des ganzen letzten Tages beendigt angeſehen[48]). Ja ſoll eine ſolche Friſt einen gewiſſen Zeitraum nach Geſetz oder Obſervanz beſtimmt begreifen, z. B. eine ſächſiſche Friſt, ſo wird der Tag der Inſinuation und des nach dieſer Friſt anberaumten Termines nicht mit gerechnet[49]). Wenn aber in dem ſchriftlichen Decrete ausdrücklich geſagt iſt, daß die Friſt von Zeit der Faſſung des Decretes an laufen ſoll (a dato oder a die decreti), ſo läuft ſie vom Mittage dieſes Tages an[50]). Die Friſt, worauf in einem förmlichen Erkenntniſſe geſprochen iſt, beginnt erſt mit dem Eintritte der Rechtskraft dieſes Erkenntniſſes[51]) und wird nach der Stunde, mit Einſchluß der Sonn- und Feſttage,

---

41) Archiv merkwürdiger Rechtsfälle der rheinheſſiſchen Gerichte Bd. 2 (Mainz 1830), S. 70, gegen Glück a. a. O. §. 269b, S. 568.

42) Geſetzſammlung von 1822, Nr. 17, §. 25, S. 212, vgl. mit Geſetzſammlung von 1824, Nr. 30, S. 186.

43) Die Grundſätze über Friſtenberechnung weichen nach den verſchiedenen Particulargeſetzen mehr oder minder von den gemeinrechtlichen Grundſätzen ab. Vgl. z. B. in Bezug auf die baier'ſche Gerichtsordnung, VI, 16, Seuffert und Glück, geſammelte rechtswiſſenſchaftl. Abhandl. Bd. 1 (Ansbach 1836), S. 246. Wegen Hannover ſ. Wachsmuth, Hantelmann und Ebhardt, Annalen des Advocatenvereins zu Hannover Hft. 3 (Lüneburg 1833), Misc. 1, S. 82. Wegen Baden ſ. Hohnhorſt, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim, neue Folge, Jahrg. 1 (Mannheim 1833), S. 341.

44) Glück a. a. O. §. 269a, S. 554.

45) Martin a. a. O. S. 173. Gensler-Morſtadt hierzu S. 202.

46) c. 8. de appellationibus in VIto. (2. 15.)

47) Hurlebuſch, Erörterungen u. ſ. w. (Braunſchweig 1815), Hft. 2, S. 190.

48) L. 1. D. si quis cautionib. (2. 11.) L. 101. D. de div. regul. iur. (50. 17.) c. 24. X. de offic. et pot. iud. del. (1. 29.) Martin und Gensler-Morſtadt a. a. O. Danz, Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes, 5. Ausg., §. 111, Note *).

49) Berger, oeconomia iuris, lib. IV. tit. 14. th. II. not. 7.

50) v. Kamptz, mecklenburg'ſche Rechtsſprüche Bd. 2 (Roſtock 1804), Rechtsſpr. 115, S. 50.

51) Gensler-Morſtadt a. a. O. und Gensler, im Archiv a. a. O. S. 196.

berechnet[52]). Sind Rechtsmittel gegen ſolche Punkte des Erkenntniſſes eingewendet, welche die Verpflichtung zum Beweiſe betreffen, ſo läuft die Friſt dazu erſt von Zeit eingetretener Rechtskraft des den Beweis rechtskräftig feſtſtellenden Erkenntniſſes; betrifft die Appellation andere Punkte, ſo hemmt ſie die Rechtskraft der den Beweis betreffenden Paſſus dieſes Erkenntniſſes und alſo auch den Lauf der Beweisfriſt von da an nicht[53]). Iſt von dem Beweisführer ſelbſt das Rechtsmittel eingewendet und von ihm darauf renunciirt, ſo beginnt die Beweisfriſt ſofort mit dem Zeitpunkte der Renunciation[54]). Im entgegengeſetzten Falle und wenn der, gegen den der Beweis geführt wird, dieſem Rechtsmittel renunciirt, ſo läuft die Beweisfriſt von Zeit der Bekanntmachung dieſer Renunciation an den Beweisführer, alſo, war dieſe ſchriftlich, von Zeit deren Inſinuation an[55]). Da die Dauer der Friſt, nach Obigem, von der Beſtimmung des Geſetzes, des Richters oder der Parteien abhängt, ſo iſt hier rückſichtlich der Berechnung nur noch zu bemerken, daß eine monatliche Friſt ſtets zu 30 Tagen gerechnet wird[56]). Bei Friſterſtreckungen ſind die Meinungen darüber getheilt, ob die neu verwilligte Friſt von Zeit des Anſuchens oder von Zeit ihrer Ertheilung[57]) oder vom Ablaufe der vorigen Friſt an[58]) laufe[59]). Die für Letzteres ausgeſprochene, auch bei dem ſonſtigen kaiſerlichen Kammergerichte und in deſſen Nachahmung bei mehreren anderen Gerichten angenommene[60]) Meinung hat wohl ziemlich überall in der Praxis den Vorzug erhalten. Die Ungewißheit in dieſer Beziehung macht es für den Richter räthlich, jeder Friſterſtreckung den terminus a quo derſelben beizufügen.

Die Partei nämlich, welche binnen einer gewiſſen Friſt legal thätig ſein ſoll, kann, falls ihr dieß unter einem Präjudiz aufgegeben und ihr doch nicht möglich iſt, den Eintritt des letzteren nur dadurch vermeiden, daß ſie vor Ablauf der Friſt deren Verlängerung zu erhalten ſucht, entweder vom Gegentheile vertragsweiſe, wenn dieß nach Vorſtehendem erlaubt iſt, oder vom Richter, welcher zur Ertheilung der Dilation ſogar verbunden iſt, wenn das Hinderniß, warum die Friſt nicht eingehalten werden kann, klar vorliegt[61]). Iſt letztere einmal abgelaufen, ſo iſt ſie als nicht

---

52) Nach einigen anhaltiſchen Geſetzen werden Sonn- und Feſttage von der geſetzlichen, nicht von der verlängerten Beweisfriſt abgezogen. Kori, in der nachſtehend angezogenen Stelle S. 182.

53) Kori a. a. O. §. 96, S. 184. v. Berg, juriſt. Beobachtungen u. ſ. w. Bd. 1 (Hannover 1802), S. 140.

54) Knorr a. a. O. Hauptſt. 9, §. 7.

55) Kind, quaest. forenses. tom. III. cap. 46. Kori a. a. O. Knorr a. a. O.

56) L. 101. D. de div. reg. iur. (50. 17.) Kammergerichtsordn. Th. 2, Tit. 33, §. 3. Schmauß a. a. O. S. 574. Strube, rechtl. Bed. Spangenberg'ſche Ausgabe, Bed. 688. (I. 47.)

57) Knorr a. a. O. Hauptſt. 3, §. 6, S. 60.

58) Wernher, lect. comm. T. II. P. VIII. obs. 310. Kori a. a. O. §. 36, S. 68.

59) Schlüter und Wallis a. a. O. Jahrg. 7, 1832, S. 13.

60) Knorr a. a. O.

61) C. 1. C. de dilationibus. (3. 11.) Glück a. a. O. §. 266, S. 544

mehr vorhanden anzuſehen, kann alſo auch nicht verlängert werden und nur Wiedereinſetzung in den vorigen Stand kann gegen die nachtheiligen beſonderen Folgen der Verſäumniß ſchützen[62]). Doch iſt man der Meinung, daß in Fällen notoriſcher gänzlicher Unmöglichkeit der Beobachtung der Friſt, z. B. wegen Kriegscalamitäten u. ſ. w., der Richter die Friſt als nicht abgelaufen anſehen und ſie auch hintennach noch prorogiren ſoll[63]). Uebrigens iſt es genug, wenn die Verlängerung nur vor dem Ablaufe der Friſt geſucht wird, ſollte ſie auch erſt ſpäterhin ertheilt werden[64]). Der Richter ſoll, wenn gleich rückſichtlich der Frage, wie viele Male eine Friſt zu verlängern iſt, viel von ſeiner Willkür abhängt[65]), doch in der Regel nur Eine Friſt ertheilen[66]), vor deren Ertheilung eine causae cognitio anſtellen, namentlich bei der zweiten und dritten Friſt, und der Partei wenigſtens ein iuramentum calumniae auflegen[67]). Bei dem Geſuche der erſten Friſtverlängerung iſt zwar — ſo hat ſich die Obſervanz nach Anleitung der Geſetze da, wo nicht Particulargeſetze etwas Anderes vorſchreiben, gebildet und die mehreſten Particulargeſetze ſtimmen damit überein — nicht jede richterliche Sachunterſuchung ausgeſchloſſen, doch werden leichtere Entſchuldigungsurſachen zugelaſſen und mit deren Beſcheinigung wird es nicht ſo ſtreng genommen[68]); bei der zweiten Dilation hingegen wird nach ſächſiſchen[69]) und mehreren anderen Particulargeſetzen die Leiſtung eines Gefährdeeides von Seiten des Suchenden dahin erfordert, daß er die Friſt nicht zur Verzögerung, ſondern aus wahrer Nothdurft ſuche und daß die vorgeſchützten Urſachen wirklich gegründet ſeien. Eine dritte Dilation ſoll unter keiner Bedingung, außer ſolchen Perſonen, welche der Wohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand genießen, ertheilt werden, dieß Letztere aber nur gegen Leiſtung des erwähnten Eides (wie die Geſetze ſagen: nicht absque solennitate legali) und unter Androhung des Verluſtes gedachter Rechtswohlthat, zu der alsdann auch kein Recurs ſtattfindet[70]), während Subjecte dieſer Art die erſte Dilation ohne Beſcheinigung und die zweite ohne Eid erhalten[71]). Auch die Reichsgeſetze haben die früher nach Anleitung des rö-

---

62) Schmalz, Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Bd. 2 (Berlin 1810), Abh. 36, S. 273.

63) Mevii decisiones P. V. decis. 310.

64) Martini commentarius in processum iuris. Tit. 20. §. 5. nr. 10.

65) Glück a. a. O. §. 268, S. 549.

66) Reichsabſchied von 1654, §. 103, bei Schmauß a. a. O. S. 990, nach Anleitung des Fr. ult. D. de feriis (2. 12.) und der c. 7. C. de dilationibus. (3. 11.) Knorr a. a. O. Hauptſt. 3, §. 7. Grolman a. a. O. Note c, S. 184.

67) Reichsabſch. v. 1654 §. 38 u. 50, bei Schmauß a. a. O. S. 970 u. 974. Glück a. a. O. Th. 12, §. 808, S. 360.

68) Barth, hodegeta forensis cap. I. §. 29. litt. g.

69) Erneuerte k. ſächſ. Prozeßordnung ad Tit. XX. §. 3.

70) v. Hartitzſch a. a. O. Nr. 479, S. 482.

71) In Note 69 angez. Prozeßordn. §. 4. Die Abweichungen anderer ſächſiſcher Geſetze von allen dieſen Vorſchriften ſ. bei Kori a. a. O. §. 97.

miſchen und canoniſchen Rechtes[72]) zum Beweiſe geſtatteten vier Friſten (alſo, außer der geſetzlichen Friſt, drei Dilationen) auf drei reducirt[73]). Sind jedoch ganz unabwendliche, klar vorliegende Hinderniſſe vorhanden, welche immer fortdauern, ſo kann dem Richter, ausnahmsweiſe auch noch weitere Erſtreckungen der Friſt nach ſeinem Ermeſſen[74]) zu gewähren, nicht verwehrt werden[75]). Ja es wird ſogar die Meinung aufgeſtellt, daß, wenn das Hinderniß fortdauere, die Friſt ipso iure auch fortdauern müſſe, da die Friſterſtreckung als auf ſo lange gegeben angeſehen werden müſſe, als die Urſache dazu exiſtire. Eadem causa idem effectus[76]). Namentlich kann, bei Vereinigung der Parteien unter einander über Friſtverlängerung, der Richter in der Regel dieſelbe geſtatten[77]), wenn nicht eine der Prozeßpolizei zuwiderlaufende Hinziehung der Sache offenbar beabſichtigt wird, da keine Friſtverlängerung ohne Noth ertheilt werden ſoll[78]). Jene Verziehung geſchieht häufiger von Advocaten, daher manche Prozeßgeſetze[79]) den Grundſatz, daß in der Regel der Sachwalter die Veranlaſſung zu Dilationsgeſuchen ſei, aufſtellen, daher ihn zu Tragung aller durch die Dilationsgeſuche verurſachten Koſten für pflichtig erklären und die Verlängerung einer durch gemeinſchaftliches Compromiß feſtgeſetzten Friſt nur einmal geſtatten, wenn nicht die Einwilligung der Parteien ſelbſt beigebracht wird. Da die ganze, dem formellen Prozeſſe angehörige Beſchränkung gewiſſer Prozeßhandlungen auf vorgeſchriebene Friſten allerdings auch die Rechtsverfolgung beſchränkt, ſo nothwendig erſtere durch prozeßpolizeiliche Rückſichten geboten wird, ſo iſt ſolche im Rechte nicht begünſtigt. Daher werden alle Fatalien in der Regel für beobachtet gehalten[80]), es wird Friſtverſäumniß in der Regel nicht vermuthet[81]) und deßhalb, wenn ein Richter auf ein Dilationsgeſuch gar nichts reſolvirt, in der Regel angenommen, daß die Friſtverlängerung ſtillſchweigend genehmigt ſei[82]), wenn nämlich der die Friſtverlängerung Suchende alle die Erforderniſſe, ohne welche der Richter eine Friſtverlän=

---

72) Nov. 90. cap. 4. iunct. cap. 15. 36 u. 55. X. de testibus et attestat. (2. 20.)

73) Reichsabſchied von 1654, §. 50, bei Schmauß a. a. O. S. 974.

74) Von der Pflicht des Richters bei Verſtattung der Friſten u. ſ. w. in Klein, Rechtsſprüche der halliſchen Juriſtenfacultät Bd. 1, S. 163.

75) Glück a. a. O. §. 268, S. 552.

76) Mevius l. c. P. VIII. dec. 213.

77) Kori a. a. O. S. 67.

78) L. 7. D. de feriis etc. (2. 12.) L. 36. D. de iudiciis et ubi etc. (5. 1.) c. 1 u. 4. C. de dilationibus. (5. 11.) c. 2. C. de temporibus etc. (7. 63.) Reichsabſch. v. 1654 a. a. O. Glück a. a. O. §. 267, S. 548.

79) Z. B. das herzogl. altenburgſche Mandat, Erläuterungen und Zuſätze zu der Prozeß= und Advocatenordnung enthaltend, Geſetzſamml. v. 1823, §. 12, 48, 51, S. 19 u. 28.

80) Glück a. a. O. §. 266, S. 547.

81) Doch vgl. Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen Th. 4, Nr. 2, S. 184.

82) Mevius l. c. p. VI. decis. 213. nota 3. Gensler=Morſtadt a. a. O. Th. 2, §. 297 u. 298, S. 221. Gensler, im angez. Archiv §. 9,

gerung nicht geſtatten kann[83]), beigebracht und das Geſuch zeitig genug vor Ablauf der Friſt eingereicht hat. Jede geſtattete Friſtverlängerung, wenn ſie nicht aus unrichtigen Gründen geſucht und erlangt und dieſe Unrichtigkeit entdeckt worden iſt, in welchem Falle die Friſtverlängerung für nicht zugeſtanden angeſehen wird[84]), ſchützt gegen die Folgen des Ungehorſams, wird beiden Theilen gemeinſchaftlich und, Einem ertheilt, nützt ſie in causa individua auch dem Anderen[85]). Sie verändert auch im Charakter der Friſt ſelbſt nichts, ſondern dieſe bleibt, je nachdem ſie es vorher war, Nothfriſt oder nicht[86]). Sie bringt aber in demjenigen, was ſchon in der erſten Friſt zu thun war, inſofern keine Veränderung hervor, als in der erlangten Dilation gerade daſſelbe geſchehen muß und geſchehen kann, was in der zuerſt beſtimmten Friſt geſchehen ſollte und konnte. Denn da die Abſicht des Friſtſuchenden auf etwas Anderes, als auf Verlängerung der Friſt eben ſo wenig geht, als wenig der Richter die Friſt in der Vorausſetzung einer erfolgten Renunciation (die ausdrücklich nicht geſchehen iſt und, nach Vorſchrift der Geſetze, nicht vermuthet wird) ertheilt; ſo hat der Friſtſuchende durch das Friſtgeſuch nicht darauf renunciirt, alles das vorzubringen, was er in der erſten Friſt hätte vorbringen können, alſo ſogar Einreden gegen den Richter ſelbſt, z. B. exceptio iudicis suspecti, incompetentis etc. Eine Ausnahme hiervon macht das vor eingetretener Rechtskraft angebrachte Geſuch um Erſtreckung der in einem Erkenntniſſe zuerkannten Friſt, durch welches[87]) das Erkenntniß ſelbſt ſtillſchweigend anerkannt wird. Denn mit der Anfechtung des Erkenntniſſes würde das Geſuch um Erſtreckung der Friſt zu Befolgung des Erkenntniſſes unvereinbar ſein und in dieſem Falle kann nach den Geſetzen[88]) nicht einmal der Vorbehalt der Anfechtung des Urthels etwas nützen[89]). Im allgemeinen iſt nur noch zu bemerken, daß, wenn weder im Friſtverlängerungsgeſuche, noch im Decrete darauf die Zeitdauer der Verlängerung ausdrücklich angegeben iſt, dann angenommen wird[90]),

---

S. 197, gegen Kori a. a. O. §. 36, S. 63, und gegen die dort angeführten Particulargeſetze und Schriftſteller, namentlich die erneuerte k. ſächſ. Prozeßordn. a. a. O. ad Tit. XX, §. 5, welche verordnet, daß in dieſem Falle die Dilation weder pro concessa, noch pro denegata geachtet werden ſoll.

83) Glück a. a. O. §. 267, S. 547 flg. Gönner a. a. O. Nr. 32, §. 9.

84) Arg. L. 5. §. 3. D. de Carboniano edict. (36. 10.) Berger, l. c. lib. 4. tit. 17. th. 1. not. 8.

85) Arg. c. 6. C. de temp. in integr. rest. (2. 53.) Berger l. c. not. 89.

86) Ob die von dem Richter geſchehene Erſtreckung oder Verlängerung einer Nothfriſt (ſo weit deren Prorogation zuläſſig iſt) ſelbige in eine bloße Präjudicialfriſt verwandeln könne? Roſenthal, Verſuch einer richtigen Beantwortung mehrerer Rechtsfragen (Göttingen 1805), Abth. 2, Abh. 2.

87) C. 5. C. de re iudicata. (7. 52.) Danz, Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes, Gönner'ſche Ausgabe, §. 417 u. 422.

88) C. 54. i. f. X. de appellationibus. (2. 28.)

89) Ueber die Wirkungen der Friſtverlängerungen im allgemeinen vgl. Gönner a. a. O. Nr. 32.

90) Vgl. Kori a. a. O. §. 97, S. 186.

daß eine Friſtdauer von gleicher Länge, wie die vorige war, verwilligt ſei [91]).

Die Abſchlagung eines Friſtverlängerungsgeſuches ſetzt die Sache in den Stand, als ob keine Verlängerung geſucht worden wäre, und wird alſo das zu Verrichtende innerhalb der vorgeſchriebenen Friſt nicht bewirkt, ſo iſt ſich an der Friſt verſäumt, vorausgeſetzt, daß der Richter alle bei der Sache vorgeſchriebenen Förmlichkeiten beobachtet hat [92]). Auch gegen Minderjährige wirkt die Friſtverſäumniß in dieſer Maße, doch ſteht ihnen die Rechtswohlthat der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu [93]). War die Friſt ein abſolutes Fatale, ſo zieht die Verſäumniß den Eintritt des Präjudizes nach ſich, welches vom Geſetze angedroht iſt, ohne daß es einer Ungehorſamsbeſchuldigung bedarf [94]). Gleiche Folgen wie die Abſchlagung einer Friſtverlängerung hat die Entſagung der prozeſſualiſchen Friſten, welche jedoch nie ausdehnend zu erklären iſt [95]). Bei anderen, als den abſoluten Fatalien, entſteht die Frage, inwiefern die Nachholung der anbefohlenen Handlung vor erfolgter Ungehorſamsbeſchuldigung und, nach derſelben, vor Publication des richterlichen Erkenntniſſes noch zuläſſig ſei, oder nicht [96])? Dieſe Frage aber, ſo wie die Unterſuchung über das Maß der richterlichen Strenge bei Beobachtung der, den Parteien vorgeſchriebenen Friſten [97]) und über das Grundprincip der ganzen Lehre vom Ungehorſam, ingleichen über die verſchiedenen derſelben zum Grunde liegenden Theorien [98]), gehören in die Materie vom Ungehorſam (ſ. den Art.). Im allgemeinen wird ſich auf obige Deduction der Nothwendigkeit gewiſſer Nachtheile für den, welcher Friſten verſäumt (ſ. S. 365), bezogen, während die einzelnen Prozeßfriſten mit den für ihre Verſäumung eintretenden Präjudizen bei den einzelnen Theilen des Prozeſſes eben ſowohl abgehandelt werden, als die nicht in das Prozeßrecht gehörigen Verjährungs- und anderen Friſten.

So viel in Bezug auf die Friſten im Civilprozeſſe. Anders im Criminalprozeſſe. Da dem ganzen Geiſte des in Teutſchland, mit Ausſchluß der Rheinprovinzen, eingeführten Unterſuchungsprozeſſes das höchſte Streben nach materiellem Rechte eigen iſt, das ganze Friſtenweſen aber, namentlich ſo weit es ſich um die Hauptart der Friſten, um Nothfriſten, handelt, wie ſchon wiederholt dargethan worden iſt, rein dem formellen

---

91) Ueber die geſammte Lehre von der Friſtverlängerung vgl. Martin a. a. O. §. 297, und Gensler-Morſtadt a. a. O. §. 116, S. 201.

92) v. Hartitzſch a. a. O. Nr. 191, S. 181.

93) Glück a. a. O. Th. 6, §. 460, S. 5, Note 24.

94) Glück a. a. O. Th. 3, §. 266, S. 546. Vgl. indeß v. Kamptz a. a. O. Bd. 1 (Roſtock 1800), Rechtsſpr. 80, S. 171.

95) Nettelbladt, Rechtsſprüche des Oberappellationsgerichtes zu Parchim Bd. 1 (Berlin 1821), Abh. 15.

96) Brandis a. a. O. S. 2 flg. und S. 12 flg.

97) Klein, Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit Th. 23, S. 51.

98) Eine intereſſante Zuſammenſtellung des Neueren darüber ſ. bei Brandis a. a. O. S. VI flg. Vgl. Gensler-Morſtadt a. a. O. §. 117 u. 118, S. 204 flg.

Rechte angehört, ſo iſt Solches in der Regel vom teutſchen Criminalprozeſſe ganz ausgeſchloſſen. Eigentliche Fatalien und richterliche Präcluſivfriſten gibt es daher im Criminalprozeſſe im größten Theile Teutſchlands nicht[99]). Anders iſt es da, wo der peinliche Anklageprozeß in Uebung iſt, welcher, ſeiner ganzen Einrichtung nach, in der Regel nur formelles Recht geben kann. Daher ſchließt ſelbſt die peinliche Gerichtsordnung das Friſtenweſen nicht aus, weil bekanntlich zur Zeit ihrer Errichtung der peinliche Anklageprozeß die Regel bildete. So iſt der 21. Artikel derſelben in den Worten zu erklären: daß er, der ankläger, wo er die peinliche rechtfertigung nit außfüren, oder dem rechten verfolgen würd, vnd die geklagten mißthat, oder aber redlich vnd gnugſam anzeygung vnd vermutung derſelben inn zimlicher Zeit, die jm der richter ſetzen würde, nit dermaſſen bewies, daß der richter vnd gericht oder der mehrertheyl auß jnen für gnugſam erkannten, oder ſunſt imm rechten fellig würde, alßdann den koſten, ſo darauff gangen iſt, auch dem beklagten, vmb ſein zugefügte ſchmache vnd ſchaden abtrag thun wölle, alles nach burgerlicher rechtlicher erkantnuß. So wenig daher der Criminalbeweis durch Präſumtionen erſetzt werden kann, ſo wenig kann er von Friſten abhängig gemacht werden, da, wenn auch die bei Verluſt des Beweiſes angeſetzte Friſt erfolglos verſtriche, dadurch keine Gewißheit erlangt werden würde, daß die fragliche Thatſache überhaupt nicht zu erweiſen ſtehe[100]). Ebenſo iſt die Criminalvertheidigung an keine Nothfriſt gebunden. Denn obgleich eine Friſt dafür anberaumt wird, ſo treffen doch die für deren Nichtbeobachtung geſetzten Nachtheile, Geldſtrafe, Beſtellung eines anderen Defenſors u. ſ. w., lediglich den Defenſor, nicht den Angeſchuldigten ſelbſt[101]). Das Präjudiz des Verluſtes der Defenſion iſt ein ungiltiges, nicht aber das, daß beim Außenbleiben der Defenſion dennoch in der Sache werde erkannt werden, vorausgeſetzt, daß dieſes dem Angeſchuldigten ſelbſt geſtellt und dieſer ſelbſt Urſache des Verzuges iſt. Denn er kann ſich dann der Vertheidigung noch zu jeder Zeit bedienen, die Endentſcheidung kann aber durch willkürlichen Verzug nicht verewigt werden. Endlich iſt auch gemeinrechtlich der Gebrauch der Rechtsmittel an keine Friſt, namentlich nicht an die zehntägige Nothfriſt gebunden, ſo weit die Rede von einer Präcluſion des Angeſchuldigten iſt, obgleich in anderer Beziehung die Beobachtung derſelben bei der Appellation geboten iſt[102]).

---

99) Martin, Lehrbuch des teutſchen gemeinen Criminalprozeſſes §. 64 (138).

100) Henke, Handbuch des Criminalrechtes und der Criminalpolitik Th. 4 (Berlin und Stettin 1838), S. 402 u. 403. Müller, Lehrbuch des teutſchen gemeinen Criminalprozeſſes (Braunſchweig 1837), §. 93, S. 185 flg. und §. 191, Note 1, S. 467.

101) Müller a. a. O. §. 166, S. 408.

102) Tittmann, Handbuch des Criminalrechtes §. 906, wo in Note n. mehrere particularrechtliche Abweichungen angegeben ſind. Heffter, Lehrbuch des gemeinen teutſchen Criminalrechtes §. 679. Müller a. a. O. §. 207, Note 12, §. 214, Note 6 und §. 218.

Von ganz beſonderer Art iſt das Friſtenweſen im Bergrechte[103]). Die Befolgung der Vorſchrift des letzteren, daß jede Zeche oder Grube bauhaft erhalten, d. i. mit wenigſtens einigen Arbeitern ununterbrochen bearbeitet (belegt) werden muß, wird oft durch phyſiſche oder moraliſche Hinderniſſe[104]) unmöglich. Will daher der Gehinderte nicht als nachläſſig erſcheinen, weil den nachläſſigen Gewerken die Strafe des Verluſtes des Bergwerkseigenthums trifft, ſo muß er um Nachſicht zur Belegung des Gebäudes — Friſt im bergmänniſchen Sinne — bitten. Ohne Vorhandenſein der geſetzlich anerkannten Hinderniſſe[105]), darf das Bergamt die Friſt nicht verſtatten. Iſt ſie aber verſtattet, welches jedesmal nur auf höchſtens drei Monate geſchehen darf, ſo werden die gegebenen Friſten in das Friſtbuch eingetragen. Die Zeche heißt, ſo lange die Friſten dauern, eine Friſtzeche und es muß der Schichtmeiſter der Grube alle Quartale einen Zettel einlegen und eine gewiſſe geringe Abgabe — Friſtgeld oder Friſtengeld — bezahlen. Es ſoll die Friſt eigentlich nicht öfter als zwei bis drei Male ertheilt werden und die Bergbeamten ſollen, wenn eine Gewerkſchaft ohne wirkliche Hinderniſſe, aus Gefährde, den Bau liegen läßt, keine Friſtverſchreibung annehmen, vielmehr, wenn die Friſt zwei bis drei Mal ertheilt iſt und ſich ein Anderer findet, welcher, der angegebenen Hinderniſſe ungeachtet, die in Friſten ſtehende Zeche aufnehmen und belegen will, dem Lehenträger aufkündigen und die Grube, nach fruchtloſer Bedrohung der Gewerkſchaft, in's Freie erklären[106]). Abusive werden auch im Bergrechte der Ausdruck Friſt für andere Nachſichtsertheilungen und der Ausdruck Friſtgelder für Quatembergelder gebraucht[107]).

Buddeus.

Frohnen und Dienſte, Frohnden, Frohndienſte[1]), Bauerdienſte, Scharrwerke, Schaarwerke, Robwold, Ro-

103) Es wird dieß hier ohne Beſchränkung auf den Prozeß abgehandelt, weil das Rechtslexikon keine andere eben ſo ſchickliche Stelle dafür haben würde. Vgl. den Art. Bergrecht Bd. 1, S. 959.

104) Sie zählt, ſo weit ſie geſetzlich anerkannt ſind, auf: Hake, Commentar über das Bergrecht (Sulzbach 1823), §. 348, S. 253.

105) S. vorſtehende Note.

106) Ebendaſ. §. 347, 349, 350.

107) Ebendaſ. §. 84.

1) Ueber die Bedeutung des alten Wortes Frohn oder Fron, wovon obiges Wort unſtreitig abzuleiten iſt, exiſtiren die verſchiedenſten Nachrichten und Meinungen. Am umſtändlichſten ſind ſie abgehandelt in Behr, über das altteutſche Wort Fron und diejenigen Ausdrücke, in welchen man es findet. Gera 1795. Es ſoll heilig, öffentlich, dienſtbar und Herr bedeutet haben. Die beiden letzten Bedeutungen, vorzüglich die vorletzte (Leyser, med. ad π. Vol. VI. spec. 416. coroll.), laſſen ſich am beſten mit dem jetzigen Gebrauche des Wortes in obiger Beziehung und in den noch jetzt gebräuchlichen anderen Ausdrücken: Gerichtsfrohn, Frohnbote u. ſ. w. vereinigen. Adelung, Wörterbuch der hochteutſchen Mundart unter den Worten: Frohn, Frohnamt, Frohnbote u. ſ. w. Hagemann, Handbuch des Landwirthſchaftsrechtes §. 232, Note 1. Danz, Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechtes Bd. 5, §. 491, Note a, S. 187.

bath, Roboth, Robbot, Herrendienſte, Hofdienſte, Dingnotel (opera, operae, servitia servilia, operae rusticorum)[2]), in der allgemeinſten Bedeutung alle diejenigen Dienſtleiſtungen, welche der Staatsbürger unentgeltlich oder nur gegen eine, in der Regel unverhältnißmäßig geringe Vergütung einer dieſelben, vermöge öffentlichen oder Privatrechtes, fordernden Perſon ſchuldig iſt [3]). Denn da im weiteſten Sinne der Ausdruck Frohnen und Dienſte auch die dem Landesherrn, als ſolchem, und den Gemeinden zu leiſtenden Dienſte unter ſich begreift, ſo langen die Forderungen der Privatperſonen auf Dienſte aus Privatrechtsgründen nicht zur Charakteriſirung des Begriffes aus. Es werden auch von den durch den gewöhnlichen Dienſtvertrag, Dienſtverdingungsvertrag, Geſindedienſtvertrag (ſ. den Art.) übernommenen Dienſten die hier vorliegenden (die minder charakteriſtiſche Unentgeltlichkeit oder geringe Vergütung dafür ungerechnet) vorzüglich dadurch unterſchieden, daß ſie nicht in jener Maße freiwillig übernommen, ſondern entweder unmittelbar aus dem Geſetze oder aus einer ſtaatsbürgerlichen oder gemeindebürgerlichen oder Grundherrlichkeits- oder Leibherrlichkeitsverpflichtung gefordert werden. Denn wenn ſie auch mit den aus dem Verdingungsvertrage herrührenden Dienſten darin, daß ſie gewöhnlich nur operae officiales (ſ. w. u.) ſind, übereinſtimmen, und wenn ſie auch zum Theile urſprünglich aus einem Dienſtvertrage dadurch entſtanden ſein mögen, daß ſie ſtatt Kaufgeldes oder ſtatt eines höheren Kaufgeldes für Ueberlaſſung des Eigenthums an einem Grundſtücke verſprochen wurden; ſo wird dieſe Art von Frohnen, die auf ſolche Weiſe entſtand, doch nunmehr nicht aus jenem Dienſtver-

---

2) Die ältere Literatur über dieſen Gegenſtand findet ſich in der Lipen'ſchen Bibliothek ſammt Nachträgen u. d. W. operae. Beſonders zu bemerken ſind, außer den nachſtehend bei einzelnen Materien angeführten Schriften: Ge. Ad. Struve, de operis et servitiis rusticorum. Jenae 1656. Manz, de servitutibus personalibus et operis servorum. Ingolst. 1658. Frommann, de subditorum maxime rusticorum operis. Tubing. 1671. Jo. Franc. Balthasar, de operis subditorum. Salisb. (1656.) 1675. Jo. Volkm. Bechmann, de iure operarum. Jen. 1675. Engelbrecht, de operis rusticorum. Helmst. 1675. Franc. Tilem. Nolden, de operis subditorum et maxime rusticorum. Giess. 1691. de Berger, de iure ordinum imperii territoriali circa operas subditorum. Jenae 1724. Reineccius, meditationum legalium in rem rusticam et fabrilem spec. 1744. Hauſchild, Beiſchriften von Bauern und Frohnen. Dresden 1744 (1771). Laubn, Abh. von den Frohndienſten der Teutſchen (Frankf. 1760), herausg. von Kuhn. Weißenf. u. Leipz. 1785 (1795). Grupen, von Dienſten und Beden, in den observat. p. 1005. v. Beneckendorf, oeconomia forensis Hauptſt. 5, Abſchn. 8. Deneke, Dorf- und Landrecht Th. 2, S. 120 flg. Struben, de iure villicorum c. V. Fiedler, prakt. Abh. über der Leibeigenen Robotſtand. 1781. Klöntrupp, Abh. der Rechtslehre vom Zwangsd. Osnab. (Leipz.) Weckherlin, Darſtellung der Grundſätze, nach welchen Frohnen und insbeſondere Landesfrohnen auszutheilen und auszugleichen ſind. Frankf. 1798. Kind, quaest. for. T. II. Wigand, die Dienſte, ihre Entſtehung, Natur, Arten und Schickſale. Hamm 1828.

3) So definirt, und wie es ſcheint mit Recht, in der Hauptſache Rotteck im Rotteck-Welcker'ſchen Staatslexikon Bd. 6, S. 176 u. d. W. Frohnen. Vgl. auch Mittermaier, nachſtehend Note 13 allegirt, §. 191.

trage, ſondern als eine, dem Grund und Boden aufliegende Reallaſt gefordert. Ueberhaupt gehört es wohl zu den ſchwierigſten Aufgaben dieſer Lehre, alle Frohnen und Dienſte unter Einen Begriff zu bringen, da ſie in Beziehung auf Urſprung, Rechtstitel, Rechtseigenſchaft und Gegenſtand ſo ſehr verſchieden ſind. Das übereinſtimmende charakteriſtiſche Zeichen aber haben ſie, daß ſie praestationes facti ſind, die eine ſolche dauernde Verpflichtung vorausſetzen, welche nicht durch Leiſtung einer oder mehrerer Handlungen erledigt wird[4]).

Den Urſprung der Dienſte und Frohnen[5]) anlangend, ſo finden wir ſchon in der fränkiſchen Monarchie unter Chlodwig und ſeinen Nachfolgern, daß in den römiſchen Provinzen dem Könige Kriegs- und zum Weg- und Brückenbau nöthige, den königlichen Beamten aber die zu ihren Reiſen in Geſchäften erforderlichen Fuhren unter den Namen angariae und parangariae, mindeſtens die zu königlichen Zwecken erforderliche Vorſpanne (veredi und paraveredi) geleiſtet werden mußten. Späterhin bis in das 9. Jahrhundert wurden dieſe Naturaldienſte ſchon eine gemeine Laſt, von der jedoch die zum Kriegsdienſte Verpflichteten frei waren und die nur von den zu letzteren nicht verbundenen Freien geleiſtet wurde. Alle Freien mußten nämlich dem Aufgebote des Königs zum Kriegsdienſte, bei Vermeidung des Königsbannes (sexaginta solidi), wenn es die Vertheidigung der eigenen Provinzen galt, folgen, zu Kriegszügen in entferntere Gegenden nur diejenigen, welche reich genug waren, ſich ſelbſt dabei zu unterhalten, während mindeſtens ſpäterhin die ärmeren Freien erwähnte angariae und veredi, auch, zur Vertheidigung der königlichen Burgen, Wacht- und andere Dienſte leiſten mußten. Als ſich das Ritterweſen mehr ausbildete, mußte der Adel mit ſeinen Dienſtleuten und denjenigen Freien, welche von ihrem Eigenthume den Kriegsdienſt perſönlich zu leiſten verbunden waren, den geſammten Reichsdienſt von dem ganzen, dem eben in Frage befindlichen Adel zuſtehenden Sprengel, gegen eine Entſchädigung von dem kriegsdienſtpflichtigen Theile des Volkes, übernehmen. Denn in jenes, hauptſächlich im Ritterweſen gegründete Kriegsſyſtem paßte die gemeine Heerfolge nicht mehr, daher die Reichsdienſtordnung den gemeinen Landſaſſen nur eine Beiſteuer auflegt, wogegen den Ständen blos für außerordentliche Fälle das Recht blieb, die frühere gemeine Heerfolge aller Freien zu fordern.

---

4) Hänſel, in dem nachſtehend Note 25 angeführten Werke und Theile S. 230.

5) Außer in den nachſtehend zu einzelnen Stellen angezogenen und in den Hauſchild'ſchen vorſtehend in Note 2 erwähnten Schriften findet man dieſen Gegenſtand beſonders behandelt in: Abhandlung von den Naturalfrohndienſten. Frankfurt a. M. 1775. Karl Sal. Zachariä, Geiſt der teutſchen Territorialverfaſſ. (Leipzig 1800), S. 438 flg. Hüllmann, hiſtoriſche Unterſuchungen über die Naturaldienſte der Gutsunterthanen nach fränkiſch-teutſcher Verfaſſung. Berlin 1803. Hüllmann, teutſche Finanzgeſchichte des Mittelalters (Berlin 1805), unter der Rubrik: Landfrohnen. Sommer, Inſtitut der Reallaſten §. 25. Ebel, über den Urſprung der Frohnen und die Aufhebung derſelben, beſonders im Großherzogthume Heſſen. Gießen 1823 (1824). Wigand, die Dienſte, ihre Entſtehung, Natur, Arten und Schickſale. 1828.

Im 12. Jahrhunderte zählte der teutſche König Friedrich I. die angariarum, parangariarum et plaustrorum praestationes zu den Regalien[6]). Mit der Ausbildung der Landeshoheit für die Reichsſtände erhielten dieſe das Recht, nicht nur von ihren Lehens- und Dienſtmannen den Reichsdienſt (Raiſe, reisa, Landfolge) und den Dienſt zu Fehden, ſondern auch von ihren Landſaſſen bei wahrer Landesnoth und zum Reichskriege die gemeinen Landeskriegsfrohnen zu fordern, worunter die Stellung guter beſchlagener Heerwagen mit Pferden begriffen war[7]). Seit dem 16. Jahrhunderte wurde den Reichsſtänden, ungeachtet ihres ſehr beſchränkten Kriegsrechtes, das Recht, die gemeine Reis und Folge von allen ihren Unterthanen zu fordern, gar nicht mehr beſtritten. Wurden nun bald überall Bede, Landfolge und Gerichtsabgaben, vermöge der Landeshoheit, aufgelegt, ſo wird es erklärlich, wie nach allem dieſen mehrſeitig[8]) die Meinung aufgeſtellt werden konnte, die Frohnen im allgemeinen ſeien ein Surrogat der Kriegsdienſte. Wahr iſt es indeß nach Obigem, daß die erſten Frohnen und Dienſte auf dem Boden des öffentlichen Rechtes entſtanden. So ſelbſt die Gerichtsfolge, die offenbar ihren Grund in der öffentlichen Verpflichtung, dem Gerüfte zu folgen, hat[9]) und ſo zum Theil vom Landesherrn, durch Belehnung der Privatlehngutsbeſitzer mit den Gerichten, auf dieſe activ übergegangen iſt. Wenn aber auch die Dienſtpflicht der Bauern wohl in mancher Beziehung, nach Vorſtehendem, einen ähnlichen Urſprung haben dürfte, wie die Lehnspflicht der Lehnsleute[10]); ſo kann doch dieß keineswegs von allen Dienſten behauptet werden, zumal auch darauf die verſchiedenen Schickſale des Kriegs- und Steuerweſens unſtreitig von weſentlichem Einfluſſe geweſen ſind. Ebenſo wenig können Dienſte und Frohnen unbedingt aus dem Leibeigenſchaftsverhältniſſe abgeleitet und kann gegen die Geſchichte behauptet werden, daß ſonſt alle teutſche Bauern leibeigen geweſen wären[11]), da ſogar die eben erwähnten Dienſte nur von freien Männern geleiſtet werden konnten; noch weniger, daß ſich alle Frohnen auf den Dienſtcontract gründeten[12]). Vielmehr ſind es ſehr verſchiedenartige Verhältniſſe, aus denen Frohnen und Dienſte hervorgegangen ſind[13]). Allerdings waren die erſten Dienſte, nach Vorſtehendem, unſtreitig dem Reiche, Beamten und Territorialherren zu leiſten; allein dieſe Entſtehungsart erwirkte direct nur die auch jetzt in

---

6) II. F. 56.

7) Ueber alles dieß vgl. Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte §. 88, 166, 171, 223, 294, Note b, 304 und Note dd, §. 362, Anm., §. 437, Note e, §. 448, Note a, §. 551.

8) Neuerlich in der oben Note 5 angezogenen Ebel'ſchen Schrift.

9) Eichhorn, Einleitung in das teutſche Privatrecht §. 248.

10) Hagemann, Handbuch des Landwirthſchaftsrechtes §. 229, Note 1.

11) Wie dieß Eſtor in ſeiner Vorrede zu Grolman, de operarum debitarum mutatione, Gies. 1734, beſonders abgedruckt Jena 1742, thut.

12) Wie Runde, Grundſätze des gemeinen teutſchen Privatrechtes §. 491, und Danz dazu a. a. O. Bd. 5, S. 203, thun.

13) Mittermaier, Grundſätze des gemeinen teutſchen Privatrechtes §. 189.

ähnlicher Maße zu leiſtenden Landfrohnen (ſ. w. u.). Wohl aber entſtanden manche Privatfrohnen dadurch, daß diejenigen Frohnen, welche, nach Obigem, den Beamten, als ſolchen, zu leiſten waren, von dieſen mißbräuchlich ohne Rückſicht auf das öffentliche Amt gefordert und in Rückſicht auf den Haupthof geleiſtet, daß die Vogteien erblich wurden und daß alſo, wenn Dienſte mehreren Vögten, als ſolchen, aus einer Familie hinter einander geleiſtet worden waren, der Grund der Leiſtung mit der Zeit vergeſſen und die Dienſte ſo angeſehen wurden, als ſeien ſie der Familie, nicht dem Staate zu leiſten. Häufig kamen aber auch, wie ſchon gedacht, die höhere Gerichtsbarkeit und mit ihr die anſcheinend in Bezug auf ſie zu leiſtenden Dienſte durch Verleihung und ſonſt in die Hände von Privatperſonen. Wurde früher geſetzlich der landesherrliche und gutsherrliche Adel immer geſchieden, ſo ſuchte doch dieſer jene Scheidewand möglichſt vergeſſen zu machen und vortheilte z. B. von den Beiſteuern und Entſchädigungen, die, nach Obigem, dem landesherrlichen Adel wegen der Kriegsdienſte geleiſtet werden mußten. Die anfänglich bittweiſe (auf Bede) geleiſteten Dienſte wurden Zwangsdienſte. Nun traten auch allerdings Dienſtcontracte dadurch ein, daß bei dem Mangel an baarem Gelde und bei dem Mangel einer für Geld arbeitenden Claſſe Verpachtung und eigene Cultur der großen Ländereimaſſen, welche einzelne Gutsbeſitzer inne hatten (curtis, marca, villa), nicht möglich waren und daß daher, zumal wenn der Gutsbeſitzer nicht genug Leibeigene hatte, an einzelne Freie kleinere Grundſtücke (mansi, bubae), unter Bedingung gewiſſer Dienſte, überlaſſen wurden[14]). Nach allem dieſen ſetzen zwar Frohnen und Dienſte häufig einen ſchutz- und gutsherrlichen Verband voraus, aber keineswegs iſt dieß, und daß ſie namentlich bei Ländereiverleihungen reſervirt worden, immer der Fall. Es läßt ſich daher von ihnen auch nicht auf eine weitere dingliche und vogteiliche Abhängigkeit ſchließen und ebenſo wenig darauf, daß die Güter, auf denen ſie ruhen, immer Bauergüter wären, wenn gleich dieß der häufigere Fall iſt[15]). Endlich iſt es aber auch gegründet, daß viele Frohnverhältniſſe, namentlich die auf der Perſon ruhenden, aus der ehemaligen Leibeigenſchaft ſich herſchreiben[16]). Haben nun der lange beſtandene Verfall des Staatslebens in Teutſchland, Anmaßungen der Gutsherren, beſonders Ausdehnung des Leibeigenſchaftsverhältniſſes, Ausdehnung des Abgabenſyſtems auch darauf, Ausrottung der Wälder und dadurch Vermehrung der, landwirthſchaftlicher Cultur bedürftigen Grundſtücke, davon wieder abhängige Vergrößerung der gutsherrlichen Wohn- und Wirthſchaftsgebäude, überhaupt die Erweiterung der Forſt- und Feldcultur, endlich die abſichtlich und aus Irrthum bewirkte Vermiſchung der Grundſätze über Staats-, Gemeinde- und Privatdienſte, die letzteren enorm vermehrt[17]); ſo dürfte

---

14) Runde a. a. O. §. 491. Hagemann a. a. O.

15) Maurenbrecher, Lehrbuch des teutſchen Privatrechtes Bd. 1, 2. Aufl., §. 326, 340.

16) Rotteck a. a. O. S. 178.

17) Mittermaier und Hagemann a. a. O.

ſich ſchwerlich allgemein behaupten laſſen[18]), daß die Privatfrohnen „geſchichtlich immer auf einer Privatabhängigkeit des Dienſtpflichtigen beruhten, die anfänglich meiſt in Unfreiheit beſtanden habe, ſpäter aber meiſt in eine Abhängigkeit mit Freiheit, namentlich in die Guts= oder Schutzherrſchaft übergegangen ſei, wornach dann die Dienſte regelmäßig auch in Ackerwirthſchaftsdienſte ſich verwandelt hätten." Es dürfte dieß wenigſtens zu einer einſeitigen Beurtheilung der Frohnen führen, während aus der Einwirkung aller vorſtehend erwähnten Verhältniſſe zuſammengenommen ſich bei den mehreſten Dienſten eigenthümliche Herkommen gebildet, die ſich in Grundbüchern u. ſ. w. erhalten haben und nach welchen und nach ausdrücklichen Geſetzen die Frohnverhältniſſe in der Regel zu beurtheilen ſind[19]). Darum iſt es auch unmöglich, das geſammte Frohnweſen, von einem gemeinſchaftlichen Grundſatze ausgehend, ſyſtematiſch zu behandeln, und es bleibt nichts übrig, als jedes Einzelne, ſo wie es vorgefunden wird, zu betrachten und das Gleichartige möglichſt zuſammenzuſtellen. Aus der Einwirkung der ſo verſchiedenen Entſtehungsgründe erklärt ſich auch der Umſtand von ſelbſt, warum Dienſtherr und Grundherr häufig verſchieden ſind[20]).

In der Hauptſache ſollten allerdings Dienſte und Frohnen genau geſchieden ſein, je nachdem ſie zu Bewirthſchaftungszwecken gethan werden — landwirthſchaftliche, bäuerliche Dienſte, Frohnen κατ' ἐξοχὴν, oder nicht — Dienſte κατ' ἐξοχὴν[21]). Indeß werden beide Ausdrücke vermiſcht gebraucht und man unterſcheidet lieber und mit mehr Einfluß auf die Sache ſelbſt, auch übereinſtimmender mit der verſchiedenen Entſtehungsart der Frohnen,

I. nach Verſchiedenheit des Subjectes, dem die Dienſte zu leiſten ſind: Landes=, Gemeinde= und Herrenfrohne oder Dienſte[22]). In neueſter Zeit hat man beſonders die Landesfrohne und Gemeindedienſte, weil ſie, ihrem Entſtehungsgrunde nach, ganz von den Herrendienſten verſchieden ſind, gar nicht unter der Frohnkategorie behandeln laſſen wollen[23]). Weil indeß häufig aus Landesfrohnen z. B. Herrenfrohnen entſtanden ſind und daher alle drei charakteriſtiſche Eigenſchaften gemeinſchaftlich haben, namentlich in den zu leiſtenden Geſchäften ſelbſt nicht nur ähnlich, ſondern zum Theil gleich ſind; ſo müſſen ſie wohl auch ferner zugleich behandelt werden, ſollen nicht Weitläuftigkeiten und Wiederholungen entſtehen. Die genannten drei verſchiedenen Arten (von jeder einzelnen ſ. w. u.), bei welchen allen der, welchem der Dienſt geleiſtet werden muß, der Berechtigte, Dienſtherr, der, welcher ihn leiſten

---

18) Maurenbrecher a. a. O. S. 749.
19) Eichhorn a. a. O.
20) Ebendaſ. S. 639. Hohnhorſt, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim Bd. 4, S. 70.
21) Maurenbrecher a. a. O. S. 747.
22) Mittermaier a. a. O. §. 170. Eichhorn a. a. O. §. 248. Danz a. a. O. §. 491, S. 189 flg.
23) Maurenbrecher a. a. O. S. 749.

muß, der Verpflichtete, Dienſtmann (nicht Diener oder Dienſtbote) heißt[24]), haben wieder ſehr verſchiedene, allen dreien gemeinſame Unterarten. Schon

II. nach Verſchiedenheit des rechtlichen Grundes, auf dem die Frohnen beruhen, ſind dieſelben theils geſetzliche, welche durch die Landesgeſetze ausdrücklich feſtgeſetzt ſind, wie im Königreiche Sachſen Baufrohnen, Dienſtzwang, Wachtdienſt, theils nicht geſetzliche, zu denen das Recht auf einem beſonderen Rechtstitel, Vertrag, Herkommen, rechtskräftiger Entſcheidung beruht[25]). Sie ſind aber in derſelben Beziehung theils dingliche oder Realfrohnen (operae reales), theils perſönliche oder Perſonalfrohnen (operae personales), je nachdem ihr Fundament Grundpflichtigkeit, ein zur Frohne verpflichtender Grundbeſitz iſt, oder die Verpflichtung dazu auf der Perſon ruht[26]) — ein Unterſchied, deſſen Ermittelung in einzelnen Fällen höchſt ſchwierig iſt[27]). Perſonal- und Realfrohnen ſind auch in Bezug auf die Leiſtung ſelbſt ſehr verſchieden. Zu Realfrohnen müſſen immer ſolche Perſonen geſtellt werden, die zu deren Verrichtung vollkommen tauglich ſind, bei Perſonalfrohnen muß ſich der Dienſtherr mit der perſönlichen Qualification des Frohnpflichtigen, wie dieſe gerade iſt, begnügen[28]). Bei Realfrohnen befreien nicht Rang, Stand, Geſchlecht, Alter, Krankheit von deren Leiſtung, und mehrere Beſitzer eines frohnpflichtigen Gutes concurriren zur Frohne nach Verhältniß ihrer Gutstheile[29]). Inwiefern Realdienſte aus Leibeigenſchaftsverhältniſſen entſpringen, inſofern müſſen alle Leibdienſte geleiſtet werden[30]). Die Realfrohnen ſelbſt unterſcheiden ſich von anderen Reallaſten darin, daß ſie in einer obligatio faciendi, nicht obligatio dandi beſtehen, und daß ſie in der Regel nicht auf einzelnen Grundſtücken, ſondern auf einem Complexe derſelben mit Haus und Hofe ruhen. Sie gehen auf jeden Beſitzer dieſes Complexes über, er ſei Bauer oder nicht[31]). Da, wo die Theilung der Güter erlaubt iſt, muß auch im Falle derſelben die Frohne, welche bis zur Theilung auf dem ganzen Gute ruhte, verhältnißmäßig auf die einzelnen Theile deſſelben repartirt werden. Dann tritt, namentlich wenn die Frohnen ſämmtlicher Frohnpflichtigen nach dortiger Obſervanz eigentlich gleich ſein ſollten, der Unterſchied von getheilten und ungetheilten Frohnen ein[32]). Daß die

---

24) Maurenbrecher a. a. O. S. 747. Münchhauſen, über Lehnherrn und Dienſtmann. Leipzig 1793.

25) Hänſel, Bemerkungen und Excurſe über das in dem Königreiche Sachſen giltige Civilrecht, 3. Abth., S. 237.

26) Mittermaier a. a. O. §. 190. Hagemann a. a. O. §. 235, Nr. 5, und §. 236. Danz a. a. O. §. 491, S. 189 flg. Fiſcher a. a. O. §. 1271. Jo. Matth. le Brun, de operarum praestandarum tam in genere quam rusticorum in specie fundamentis. Arg. 1747.

27) Maurenbrecher a. a. O. S. 749.

28) Hagemann a. a. O. §. 235, Nr. 5.

29) Hagemann a. a. O. §. 236. Danz a. a. O. S. 190.

30) Fiſcher a. a. O. §. 1275.

31) Hänſel a. a. O. S. 232.

32) Fiſcher a. a. O. §. 1284.

perſönlichen Frohnen allerdings großentheils aus dem Leibeigenſchaftsverhältniſſe entſprungen ſein dürften, iſt ſchon oben erwähnt[33]). Dieſelben können, nach obigen Gründen, nicht gefordert werden, wenn der Frohnpflichtige durch Alter, Krankheit, Schwäche dazu unfähig iſt[34]), doch kann die Perſonalfreiheit von anderen Dienſten nicht auf die Frohne ausgedehnt werden[35]). Wenn gleich die Hausgenoſſenfrohne die hauptſächlichſte Art der Perſonalfrohnen iſt, ſo können die perſönlichen Frohnen doch auch von anderen nicht Angeſeſſenen, z. B. Auszüglern, gefordert werden; ob von Hausgenoſſen, die nicht zum Bauernſtande gehören? dieß iſt ſtrittig. Kann an dem Orte der ſtrittigen Frohnen nicht nachgewieſen werden, daß ſie wirklich aus dem Leibeigenſchaftsverhältniſſe herrühren, oder kann nicht eine ausdrückliche Ausnahme der nicht zum Bauernſtande gehörigen Perſonen von jenen perſönlichen Frohnen bewieſen werden; ſo kann man auch eine ſolche unſtreitig nicht annehmen.

Hiernächſt ſind,

III. nach Verſchiedenheit der Beſtimmung des Wiederantrittes der Frohnleiſtung, die Frohnen theils ordentliche, gewöhnliche, landübliche (operae ordinariae), das ſind diejenigen, welche für ein zu beſtimmten Zeiten wiederkehrendes Bedürfniß zu leiſten ſind, theils außerordentliche, ungewöhnliche, Pflichtdienſte (operae extraordinariae), welche nur auf nicht regelmäßig wiederkehrende Veranlaſſungen verrichtet werden[36]). Irrig wird der Charakter der ordentlichen Dienſte von einigen Schriftſtellern[37]) in ihrer Verwendung zur Landwirthſchaft geſucht, da auch andere zu beſtimmten Zeiten wiederkehrende Dienſte, z. B. Kehren des Herrenhauſes zu beſtimmten Tagen, vorkommen, die mit der Landwirthſchaft nichts zu thun haben. Zu den außerordentlichen Dienſten gehören in der Regel die Landes-[38]) und viele Gemeindefrohnen[39]); zu den außerordentlichen Herrendienſten die Bau-, Jagdfrohnen u. ſ. w.[40]). Oft ſind ſie ungemeſſene (ſ. unter IV.) Frohnen[41]) und können, wo ſie geſetzlich oder hergebracht ſind, neben den ordentlichen Frohnen gefordert, können von dem Frohnpflichtigen auf die ordentlichen Dienſte nicht angerechnet werden[42]). Größere Schwierigkeiten bietet

---

33) Rotteck a. a. O. Hagemann a. a. O.

34) Es iſt dieß hier und da darauf ausgedehnt worden, daß alle Fröhner bei gewiſſen, ſie oder ihre Familie betreffenden Zufällen temporär oder immer Frohnbefreiung erhalten — Frohnfeyerung — Fiſcher a. a. O. §. 1299.

35) Danz a. a. O. S. 192.

36) Weſtphal, das teutſche und reichsſtändiſche Privatrecht Th. 1, Abh. 33, S. 353. Fiſcher a. a. O. §. 1285. Glück, Pandektencommentar Th. 2, §. 123, S. 167. Eichhorn a. a. O. §. 249. Mittermaier a. a. O. §. 190. Maurenbrecher a. a. O.

37) Z. B. von Curtius, Handbuch des in Churſachſen geltenden Civilrechtes §. 294.

38) Runde a. a. O. §. 495.

39) Danz a. a. O. §. 495.

40) Hagemann a. a. O. §. 230, Note *).

41) Maurenbrecher a. a. O. Note 9.

42) Hagemann und Danz a. a. O.

IV. die Eintheilung der Frohnen und Dienſte nach Verſchiedenheit des Umfanges ihrer Leiſtung in gemeſſene oder beſtimmte[43]) (operae determinatae) und ungemeſſene oder unbeſtimmte (operae indeterminatae)[44]) dar. Erſtere ſind ſolche, bei welchen Gegenſtand, Art, Dauer und Wiederholbarkeit der Frohne, alſo Qualität und Quantität derſelben, auch die Perſon, an welche ſie zu leiſten[45]), durch Geſetz, Vertrag oder Herkommen feſtgeſetzt ſind. Wo alle dieſe Beſtimmungen fehlen, da ſind die Leiſtungen ungemeſſen, unbeſtimmt[46]) im weiteſten Sinne (operae absolute indeterminatae), ſind einige, jedoch nicht alle vorhanden, zum Theil ungemeſſene Dienſte (operae indeterminatae secundum quid tales)[47]). Beide Fälle können ſowohl bei Frohnen einer beſtimmten Art, wie Wachtdienſt, Ackerfrohne, Eggefrohne, als bei Frohnen, die ihrer Natur nach nicht näher beſtimmt ſind, vorkommen. Die Herrenfrohnen ſind zwar der Zeit nach an den mehreſten Orten gemeſſen, inwiefern jedoch von Haushaltsdienſten (ſ. w. u.) die Rede iſt, ungemeſſen[48]). Der Regel nach werden auch ungemeſſene Dienſte dem Grundherrn nur zum landwirthſchaftlichen Gebrauche und eigenen Bedürfniſſe geleiſtet[49]), und zwar alle möglichen Frohnen dieſer Art, wenn nicht beſondere Ausnahmen in dieſer Beziehung feſtgeſetzt ſind. Bei Frohnen, die ihrer Quantität nach beſtimmt, rückſichtlich der Qualität aber unbeſtimmt ſind, hängt die Art der Dienſtleiſtung von der Willkür des Dienſtherrn ab, doch darf er nicht ungewöhnliche und außerordentliche Dienſte fordern[50]). Ganz ungemeſſene Frohnen müſſen geleiſtet werden, ſo oft ſie der Dienſtherr erfordert, wenn dieß nicht an Sonn- oder Feiertagen geſchieht (wären dieſe letzteren auch geſetzlich aufgehoben)[51]). Es darf aber, wenn eine neue Bodencultur die zeitherigen Arbeiten vermehrt, dieſe vermehrte Arbeit auch bei ungemeſſener Frohne nicht gefordert werden[52]), ſo wie überhaupt vermehrte oder verminderte Bedürfniſſe des Dienſtherrn keine Veränderung gegen das Herkommen begründen können[53]). Dagegen müſſen die Fröhner die durch

---

43) Eichhorn a. a. O. §. 249, S. 640, und §. 251, S. 645.

44) Streit, de operis rusticorum determinatis et indeterminatis. Erf. 1709. Pertsch, de divisione operarum in determinatas et indeterminatas earumque exactione. Jenae 1731. 1748. Simon und Strampf, Rechtsſprüche der preuß. Gerichtshöfe Bd. 1 (Berlin 1828), Abh. 4, S. 296. Kind, quaestiones forenses tom. II. cap. 7. de obligatione rusticorum ad operas speciatim indeterminatas.

45) Hagemann a. a. O. §. 230. Danz a. a. O. §. 498.

46) Mittermaier a. a. O. §. 190. Runde a. a. O. §. 498.

47) Glück a. a. O. §. 124, S. 170. Curtius a. a. O. §. 300.

48) Strube, rechtl. Bedenken, Bed. 247. (IV. 195.)

49) Hagemann a. a. O. §. 243. Hänſel a. a. O. S. 296. Pufendorf, loco infra not. 53. cit. §. 5 u. 6.

50) Mittermaier a. a. O. §. 195.

51) Wernher, observ. p. 8. obs. 333.

52) Kind l. c.: An operae determinatae ad nova obiecta eiusdem speciei invitis rusticis extendi queant? tom. I. p. 315. Hänſel a. a. O. S. 297.

53) Pufendorf, observat. iur. univ. tom. I. obs. 121. §. 7.

üble Witterung oder durch größere Fruchtbarkeit, im Vergleiche mit der ſonſtigen Arbeit der ungemeſſenen Frohne, erwirkte vermehrte Arbeit verrichten, da der Grund hierzu nicht von der Willkür des Dienſtherrn abhängt. Von ihnen aber kann, wenn der Dienſtpflichtige durch eigenen Fleiß ſein Gut verbeſſerte oder vergrößerte, darum nicht mehr Frohne gefordert werden. Ueberhaupt dürfen ungemeſſene Dienſte darum nicht zu unmäßigen (operae immodicae) werden, das ſind ſolche, welche dem Frohnpflichtigen über die Gebühr angeſonnen werden. Gegen dieſe tritt für den vorliegenden Fall[54]) Ermäßigung durch richterliche Hilfe[55]) ein, welche endlich bei fortgeſetzten Verhandlungen die ungemeſſenen Frohnen in gemeſſene verwandeln kann[56]). Die Veranlaſſung zu einer ſolchen Ermäßigung kann theils in vorübergehenden Verhältniſſen, theils in der allgemeinen Unmäßigkeit der Frohnen liegen. Es muß dabei, wenn Herkommen und Geſetze über den ſtreitigen Fall ſchweigen, die Natur und Beſchaffenheit der Frohnen berückſichtigt und die Frohnen müſſen ſo ermäßigt werden, daß einerſeits der Frohnpflichtige Zeit genug übrig behalte, ſeine eigene Wirthſchaft zu beſorgen und ſich ſeinen Lebensunterhalt zu erwerben, andererſeits auch die Gutsherrſchaft nicht allzuſehr in ihren Rechten geſchmälert werde. Das Herkommen in den Umgebungen der Gegend, in welcher der Streit vorwaltet, wird hier das richtigſte Anhalten und das Bedürfniß des herrſchenden, ſo wie die Beſchaffenheit des dienenden Gutes werden die richtigſten Entſcheidungsquellen abgeben[57]). Iſt blos die Qualität der Dienſte zweifelhaft und die einerſeits geforderten Dienſte ſind nach Zweck und Gegenſtand den andererſeits zugeſtandenen gleich, beide geben auch gleich große Beſchwerde, ſo hindert nichts die einen den anderen zu ſubſtituiren. Ueber die Qualität außerordentlicher ungemeſſener Dienſte entſcheidet die Natur des Bedürfniſſes und bei der Herrenfrohne vorzüglich der Grundſatz, daß ſie nur zum Vortheile des Landgutes zu leiſten iſt, und daß ſie eine ſolche ſein muß, die jeder Bauer, als ſolcher, leiſten kann. Bei angeblicher Unmäßigkeit rückſichtlich der Quantität der ungemeſſenen Frohnen dienen Durchſchnittszeiten aus den auf die Arbeiten in den vorigen Jahren verwendeten Tagen zum Maßſtabe der Beurtheilung. Nie können ſie über das natürliche Maß, das ſich nach der Beſchaffenheit des dienſtpflichtigen Gutes ergibt, gefordert werden[58]). Eine noch ſtreitigere Frage als die über

---

54) Maurenbrecher a. a. O. §. 752 und Note 15.

55) Wiener (praes. Hoeckner), de operarum indeterminatarum determinatione. Lipsiae 1720. Zu Rhein, Beitr. zur Geſetzgeb. u. prakt. Jurispr. (München 1826), Bd. 1, S. 153. Kind l. c. Tom. II. cap. 10. p. 356.

56) Dieß widerſpricht nicht der richtigen Behauptung Eichhorn's a. a. O. §. 251, S. 646, daß der Richter nicht die Befugniß habe, ungemeſſene Frohnen in gemeſſene zu verwandeln.

57) Maurenbrecher a. a. O. §. 341, S. 751.

58) Ueber dieſe ſtreitige Materie vgl. Mevii decis. P. IV. Dec. 132. 333. Leyser, meditationes ad pandect. Vol. VI. spec. 418. med. 1 u. 1. Fiſcher, Cameral= und Polizeirecht §. 1278. Glück a. a. O. §. 124,

Ermäßigung unmäßiger Dienſte iſt die, ob im Zweifelsfalle für gemeſſene oder ungemeſſene Dienſte die Vermuthung ſpreche? Die älteren und mehrere neuere Rechtslehrer[59]) pflegten, ausgehend von der irrigen Anſicht, daß in früheren Zeiten alle Bauern leibeigen geweſen wären, deßhalb eine Präſumtion für die ungemeſſenen Frohnen anzunehmen. Andere[60]) meinen, daß, weil außerordentliche Frohnen auf keinem allgemeinen Grunde beruhten, ſondern immer ſpeciell nachgewieſen werden müßten, bei dieſen gegen, bei ordentlichen hingegen für die Ungemeſſenheit der Frohnen zu präſumiren ſei. Die jetzt ziemlich allgemein auch in mehreren Legislationen angenommene richtige Meinung geht dahin, daß, wenn gleich hiſtoriſch die ungemeſſenen Frohnen wohl älter als die gemeſſenen ſein dürften, dennoch daraus eine rechtliche Vermuthung für die Ungemeſſenheit der Frohnen nicht zu folgern, ſondern auch dieſe, ſo wie jede Eigenſchaft der Frohne, von dem, welcher ſie behauptet, zu erweiſen ſei[61]). Bei gemeſſenen Dienſten iſt die Regel, daß die Dienſtpflichtigen durchaus nichts leiſten, was nicht beſtimmt iſt, daher Veränderungen der Qualität und Quantität, Verlegung der Frohne nach Zeit und Ort, Verwandlung derſelben in ähnliche, wenn auch nicht läſtigere Frohnen keinem Theile einſeitig geſtattet ſind. Wenn nicht beſtimmte Tage oder Orte für die Dienſte feſtgeſetzt ſind, ſo hängt deren Beſtimmung vom Dienſtherrn ab. Bei ihnen findet übrigens unter geeigneten Umſtänden häufig Nachleiſtung der angeſagt geweſenen, aber behinderten Frohndienſte ſtatt[62]). Unter den gemeſſenen Frohnen ſind vorzüglich Zeit- und Stückfrohnen zu unterſcheiden. Stückfrohnen werden diejenigen genannt, bei denen der Fröhner eine gewiſſe Arbeit vollenden muß, ohne daß ihn der Ablauf irgend einer Zeit davon befreit. Dieß letztere hindert aber nicht, daß der Dienſtherr die Frohne doch zu und binnen einer beſtimmten Zeit fordern kann, z. B. die Acker-, Egge-, Ernte-, Heufrohne u. ſ. w., wo der Fröhner beſtimmte Grundſtücke in dieſen Beziehungen fertig bearbeiten muß, ohne daß ihn die Länge der Arbeitsdauer davon befreit. Häufig ſind die Grundſtücke durch ſogen. Theilſteine in gewiſſe Frohntheile[63]) getheilt, wovon jeder Fröh-

---

S. 176 flg. Hagemann a. a. O. §. 235 u. 243. Hänſel a. a. O. S. 297, 299. Eichhorn a. a. O. §. 251. Mittermaier a. a. O. §. 195.

59) Mevius l. c. Dec. 131. Leyser l. c. spec. 417. coroll. Buri, Erläuterung des Lehnrechtes, 4. Fortſ., Cap. 3, Nr. V, 4., S. 44. v. Hohnhorſt a. a. O. Bd. 4, S. 70. Curtius a. a. O. §. 301. Hänſel a. a. O. S. 297.

60) Glück a. a. O. §. 124, S. 172 flg. Runde a. a. O. §. 499, und Danz dazu a. a. O. S. 220 flg.

61) Eichmann, Erklärungen des bürgerlichen Rechtes Th. 2, §. 123a, S. 387. Mittermaier a. a. O. §. 195. Maurenbrecher a. a. O. §. 340, S. 748.

62) Hagemann a. a. O. §. 238. Hänſel a. a. O. S. 299 flg.

63) Verſchieden von dem bergrechtlichen Frohntheile, d. i. der dritten Schicht der Zeche. Jede Zeche oder Grube, d. i. ein Bauluſtigen zum Bergbau eingeräumter Diſtrict, wird in drei Zeitabtheilungen (Schichten), in der Regel jede zu 8 Stunden, binnen 24 Stunden, manche werden jedoch auch nur

ner das ſeinige bearbeitet, welches häufig auch Theilfrohne, verſchieden von getheilter Frohne (ſ. o. S. 382) genannnt wird. Die Zeitfrohnen ſind ſolche, bei welchen der Fröhner binnen einer gewiſſen Zeit die ihm aufgetragene Arbeit machen muß, ſo daß durch die Nichtvollendung derſelben die Beendigung der Frohne nicht gehindert wird. Dieß tritt ein in allen den Fällen, wo dem Fröhner die Anzahl der Tage, welche er arbeiten muß, vorgeſchrieben iſt. Gewöhnlich haben an dieſen Tagen Mittags die Spannfröhner zwei, die Handfröhner Eine Stunde, hier und da alle Fröhner auch zum Frühſtück und Veſperbrot eine Viertel- oder halbe Stunde Ruhe. Streitige, nach Geſetz und Obſervanz zu entſcheidende Fragen ſind, ob alle Fröhner die Ruheſtunde zugleich nehmen müſſen, oder ob Jeder ſie zu der ihm beliebigen Zeit nehmen könne? und ob, wenn Einer oder der Andere davon gar keinen Gebrauch machen will, er um ſo viel früher von der Arbeit abgehen kann, als die Ruheſtunde beträgt[63a])? Das iſt aber als ausgemacht anzunehmen, daß der Dienſtherr, wenn er nicht dieß Recht beſonders hergebracht hat[64]), ganze Arbeitstage nicht in halbe oder gar in einzelne Stunden zerſpalten und den Fröhnern anſinnen darf, an verſchiedenen Tagen einzelne Stunden zu frohnen und dieſe zum Betrage von Tagen zuſammenrechnen zu laſſen[65]), weil dieß die Frohne ſehr erſchweren würde.

V. Nach Verſchiedenheit der Art der Leiſtung der Frohnen, je nachdem ſie blos durch Menſchenkräfte oder auch durch Gebrauch der Thiere dazu geleiſtet werden, ſind ſie Hand- oder Spanndienſte[66]). Die gemiſchten Frohnen (operae mixtae) ſind nur Handdienſte, die bei dem Spanndienſte geleiſtet werden müſſen, wie das Auf- und Abladen, welches der Fuhrmann oder auch noch ein von dem Spannfröhner dazu zuweilen beſonders zu beſtellender Auflader verrichten muß, und bilden daher keine beſondere Frohnenart[67]). Die Handdienſte, Handfrohnen (operae manuariae) werden in der Regel nur von denen verrichtet, die keine Anſpanngüter beſitzen, doch nicht ohne Ausnahme; namentlich müſſen die Anſpanner häufig die eben erwähnten gemiſchten Frohnen leiſten. Eigentlich aber liegen erſtere nur denjenigen ob, welche nicht ſo viele Bauerländerei, daß darauf ein Pferd gehalten werden kann, be-

---

zu Ein oder Zwei Dritteln bearbeitet. Das dritte Drittel der Arbeit, es werde die Zeche in drei Dritteln bearbeitet oder nicht, gehörte nun urſprünglich unter dem Namen Frohntheil dem Landesherrn, als Reſervat; doch mußte er die Koſten dazu hergeben. Dieß hat ſich indeß häufig geändert. Hake, Commentar über das Bergrecht (Sulzbach 1823), §. 107 u. 237. Mittermaier a. a. O. §. 275.

63a) Hänſel a. a. O. S. 269 flg.

64) Von dieſem Falle iſt unſtreitig zu verſtehen Hänſel a. a. O. S. 245.

65) Strube a. a. O. Bed. 250 (V, 94). Kind l. c. Tom. II. cap. 25. p. 32. Curtius a. a. O. §. 302. Hagemann a. a. O. §. 235, Nr. 3 a. E.

66) Mittermaier a. a. O. §. 190. Eichhorn a. a. O. §. 249. Maurenbrecher a. a. O. §. 340. Hänſel a. a. O. S. 269.

67) Danz a. a. O. §. 492, S. 208.

ſitzen, ſondern nur ein Haus, wenn auch mit einem Garten und etwas Feld, alſo den Hinterſättlern, Kühgutsbeſitzern (welche ihr Feld mit Kühen beſtellen), Köthnern, Brinkſitzern, Gärtnern, Häuslern, oft aber auch den Halbmeiern, Groß- und Vollköthnern, ja ſogar den Hausgenoſſen. Alter, wozu nicht immer 60jähriges hinreicht, und Krankheit befreien davon[68]). Am bemerkenswertheſten ſind unter ihnen die Hausgenoſſenfrohnen (das ſind diejenigen, welche der in einem Orte aufgenommene Hausgenoſſe für ſeine Duldung daſelbſt leiſtet), weil dieſe Frohnen nicht auf einem Gute, ſondern auf der Perſon ruhen. Oft wird ſtatt ihrer ein ſogen. Schutzgeld entrichtet[69]). Die Handdienſte im gedachten weiteſten Sinne[70]) ſind theils Handdienſte, Handfrohnen im ſtrengen Sinne (operae manuales), theils Fußdienſte, Reiſedienſte, das Botenlaufen, Botſchaftsgehen (operae pedestres), durch den Namen ſelbſt genugſam bezeichnet[71]). Dieſe letzteren muß der Fröhner nicht nur zu kleinen, ſeinen geiſtigen Kräften angemeſſenen mündlichen Beſtellungen, ſondern auch zum Beſtellen von Briefen und mit, wenn er verpflichtet iſt, den Weg mit den Schiebkarren zu machen, in der Regel nicht über 40 Pfund, außerdem in der Regel nicht über 12 Pfund ſchweren Packeten[72]) leiſten. Gewöhnlich iſt der Botenfröhner, d. i. der, welcher die Botenfrohne verrichtet, nicht zu Staatsdienſtangelegenheiten, Handels- und Fabrikgeſchäften des Dienſtherrn, auch nicht zu einer Reiſe, welche der Bote nicht in Einem Tage hin und zurück machen kann, gedachte Frohne zu leiſten verbunden. Dagegen braucht ſie in der Regel nicht ſo lange vorher angeſagt zu werden, wie andere Frohnen[73]); es läßt ſich jedoch im allgemeinen, ohne in jedem einzelnen Falle die geſetzlichen oder herkommlichen Beſtimmungen zu kennen, nicht angeben, wie viel kürzer vorher der Botengang angeſagt werden kann. Eine dritte Art der Handfrohne im weiteſten Sinne iſt die Wachtfrohne, Wachtdienſt[74]), d. i. die Bewachung gewiſſer Gegenſtände, z. B. gewiſſer Gebäude, der Feldfrüchte, Arreſtaten, Leichname verunglückter Perſonen u. ſ. w., theils an Ort und Stelle — Wachtfrohne im eigentlichen Sinne, theils auf dem Transporte von einem Orte zum anderen, oder zur Stelle des competenten oder eines Nachbargerichtes — Schubfrohne. Dieſe letztere iſt nur dem Gerichtsherrn oder der Landespolizei zu leiſten und iſt theils nach den Grundſätzen der Fußfrohne, theils der Wachtfrohne im eigentlichen Sinne, theils der Landfolge (ſ. w. u.) zu beurtheilen. Die eigentliche Wachtfrohne hat

68) Hänſel a. a. O. 3. Abth., §. 291—308, S. 261.

69) Hagemann a. a. O. §. 239. Hänſel a. a. O. S. 231 flg.

70) Ebendaſ. S. 259.

71) Einige gerichtliche Entſcheidungen darüber finden ſich in Koch und Baumeiſter, ſchleſiſches Archiv für die praktiſche Rechtswiſſenſchaft Bd. 3 (Breslau 1839 u. 40), Nr. 17 u. 41.

72) Kind l. c. Tom. II. cap. 9.

73) Ueber alles dieß ſ. Hänſel a. a. O. S. 282 flg.

74) Hänſel a. a. O. S. 259. Mittermaier a. a. O. §. 191. Maurenbrecher a. a. O. §. 749.

vorzüglich die Bewachung der Rittersitze und der Schlöſſer des Landesherrn zum Gegenſtande und kann in der Regel nur in Zeiten öffentlicher Unſicherheit, bei notoriſch in der Gegend ſich zeigenden Räuber- oder Mordbrennerhorden, in Kriegs-, Peſtzeiten u. ſ. w. gefordert werden, nicht, wie manchmal verlangt worden iſt, bei Krankheiten der Rittergutsherrſchaft und, ſelbſt wenn dieß letztere im allgemeinen hergebracht wäre, nicht während des Kindbettes der Gerichtsfrau [75]). Schuldig dazu ſind in der Regel nur die anſäſſigen Unterthanen, nicht die Hausgenoſſen. Eigentlich reicht auch eine Wache am Thore des Rittersitzes oder an den ſonſt zum Rittersitze zugänglichen Stellen deſſelben und in der Regel nur Ein Mann hin, wenn nicht der Dienſtherr oder die Unterthanen ſelbſt ein Anderes hergebracht haben. Da, wo das Rittergut von den Häuſern und Gebäuden der Unterthanen eingeſchloſſen iſt, kann neben einem tüchtigen Dorfwächter nicht noch beſondere Bewachung des Rittersitzes verlangt werden. Sehr gebräuchlich iſt bei dieſer Frohne eine frugale Verköſtigung, Brot, Käſe u. ſ. w. Alle anderen eigentlichen Wachtdienſte, als Areſtatenwache, Feldwache u. ſ. w., ſind zwar nicht durch allgemeine Unſicherheit bedingt, können jedoch ſtreng nur ſo gefordert werden, wie ſie hergebracht ſind [76]). Die Wachtfrohnen im ſtrengen Sinne unterſcheiden ſich von der Schubfrohne dadurch, daß die Bewachung nur an Ort und Stelle geſchieht, von allen anderen Frohnen dadurch, daß ſie Tage- und Nachtfrohnen (ſ. w. u.) ſind. Mit der Wachtfrohne im weiteſten Sinne hat die Jagdfrohne [77]) Aehnlichkeit, inſofern ſie in Bewachen des Jagdzeuges beſteht, ſie auch, wenn ihren Gegenſtand Treiben des Wildes, Lerchenſtreichen und Tragen der Jagdbriefe ausmachen, eine Art von Fußfrohne iſt. Sie iſt aber in vielen anderen Beziehungen eine eigentliche Handfrohne, da der Jagdfröhner auch gebraucht wird zum Fahren und Tragen der Jagdgeräthe und des erlegten und gefangenen Wildes, Fortſchaffen der Zeug- und Netzwagen, auch des Jagdperſonals und der Hunde, Anfuhre des Holzes auf die Relais — in dieſen Fällen, doch den ſelteneren, zu den Spanndienſten theilweiſe gehörig — Umſtellen der Wälder und Gehölze, Reparatur der Jagdgeräthſchaften, Aufſtellen der Lappen, Garne, Tücher u. ſ. w., Zubereitung des Hundefutters und deſſen Verabreichung auf den Jagden, Unterhaltung der Wachtfeuer, Einfangen der Sauen, Einhetzen der Hunde, Lieferung der Wolfsangeln und Seile, Führen der Hunde u. ſ. w. [78]). Sie hat das Beſondere,

---

75) Arg. fr. 14. §. 2. D. de aedilit. edict. (21. 1.) Leyser l. c. Vol. I. spec. 14. med. 1. Berger, oeconom. iuris lib. I. tit. II. th. 8. nr. 9.

76) Ueber dieſe ganze Materie vgl. Hänſel a. a. O. S. 294. Curtius a. a. O. §. 299. Hagemann a. a. O. §. 244.

77) Reichardt (nicht Reinhardt), de operis venaticis. Jenae 1770. Bülow und Hagemann, praktiſche Erörterungen Bd. 5, S. 186. Koch und Baumeiſter a. a. O. Nr. 11.

78) Hagemann a. a. O. Hänſel a. a. O. S. 295. Krug, Verhandlungen des erſten Landtages im Königreiche Sachſen (Leipzig 1833), Nr. VIII, S. 30.

daß, wenn die Jagdgerechtigkeit ſich über die Grenzen des jagdberechtigten Gutes erſtreckt, ſie, ohne Berückſichtigung der übrigen Grenzen, ſo weit geleiſtet werden muß, als die Jagdgrenze geht. Uebrigens iſt ſie mit der Jagdgerechtigkeit nicht nothwendig verbunden, ſondern muß jederzeit beſonders erwieſen werden[79]), und gehört dann in die Claſſe der außerordentlichen (ſ. o. S. 383) gutsherrlichen Dienſte. Zu dieſem Erweiſe langt aber der Beweis, daß die Frohnpflichtigen zu ungemeſſenen (ſ. o. S. 384) Handdienſten verbunden ſind, nicht hin, weil die Jagdfrohne darunter nicht begriffen iſt[80]). Bürger leiſten gewöhnlich keine Jagdfrohnen, weil die Berechtigung dazu gewöhnlich ein gutsherrliches Recht iſt[81]); nur zuweilen in kleinen Städten, namentlich wo der Magiſtrat oder die Bürgerſchaft die Jagd ſelbſt hat, kommt dieſe Frohne vor. Sie iſt auch in der Regel eine gemeſſene Frohne ſowohl rückſichtlich der Zeit, als der Jagdart[82]). Sie pflegt nicht an Sonn- und Feſttagen und nicht des Nachts gefordert werden zu können — von dem letzteren macht das Lerchenſtreichen mit Nachtgarnen zuweilen eine Ausnahme. Nicht eigentliche Jagdfrohnen, aber damit zuſammenhängend, ſind folgende zwei Laſten: das Hundefüttern, Hundelager, die Verpflichtung, dem Jagdherrn einen oder mehrere Jagdhunde immerfort zu füttern, häufig eine Laſt der Mühlen und Meiſtereien, für welche Laſt oft ein Aequivalent an Hundelagergeld, Hundehaber, Hundebrot entrichtet werden muß. Ebenſo das Jagdlager, Jagdablager, Jägerzehrung, d. i. die, zuweilen ſogar Klöſtern und adeligen Vaſallen obliegende Verbindlichkeit, dem Jagdherrn (häufig auch ſeinen Jägern, Pferden und Hunden) Nachtlager, Eſſen, Trinken, Futter zu verabreichen[83]). Es iſt dieß gewöhnlich der Zahl nach auf gewiſſe Jagden beſchränkt, z. B. nach einigen Urkunden: Ein Mal bei Korn und Ein Mal bei Stroh, d. h. im Sommer und Winter, in jedem Ein Mal. Das Jagdlager iſt oft in ein ſogen. Jägergeld verwandelt. Dieſe beiden Laſten müſſen immer von dem Behauptenden beſonders bewieſen werden[84]). Verſchieden von den Jagdfrohnen iſt die Jagdfolge, d. i. nicht die auch ſo genannte Nacheile oder Wildfolge, Verfolgung angeſchoſſenen Wildes über die Jagdgrenze[85]), ſondern Verwendung der Jagdfrohne zur Jagd auf gefährliche und ſchädliche Raubthiere[86]). Irrthümlich iſt dieſer Theil der Landesfolge mit der, blos zur Herrenfrohne gehörigen Jagdfrohne oft verwechſelt worden[87]). Nur

79) Hänſel a. a. O. S. 296. Mittermaier a. a. O. §. 193.
80) Hagemann a. a. O.
81) Hagemann a. a. O. Note 7.
82) Hagemann und Mittermaier a. a. O.
83) Bülow und Hagemann a. a. O. S. 182.
84) Hagemann und Mittermaier a. a. O. Runde a. a. O. §. 497.
85) Strube a. a. O. Bed. 200, Note *) (II, 140).
86) Petr. Müller, de persecutione luporum. Jenae 1678.
87) Hagemann a. a. O. §. 233 und Note 1 u. 11. Danz a. a. O. §. 497, Note a und §. 493, Nr. 3, B., S. 211. Glück, Pandektencommen-

die Jagdfolge hat der Landesherr als ſolcher und zwar von allen Unterthanen, alſo von ſogen. Kammer= und Patrimonialbauern zu fordern, die gewöhnliche Jagdfrohne haben ihm aber blos die Kammerbauern zu leiſten. So wie jedoch überhaupt die Grundſätze über alle Frohnen durch Mißbrauch ausgedehnt wurden, ſo ſind namentlich die Grundſätze rückſichtlich der Landfolge auf die Privatfrohnen nach und nach ausdehnend angewendet worden. Daher findet man öfter, daß die einfache Jagdfrohne dem Landesherrn geleiſtet werden muß, wenn er auch nicht auf gefährliche Raubthiere jagt[88]). In der Regel aber kann der Landesherr, als ſolcher, die Jagdfrohne weder zum bloßen Vergnügen, noch zu ſeinem Privatvortheile fordern, es ſei denn vermöge beſonderen Erweiſes des Rechtes dazu[89]). Nicht alle Patrimonialbauern ſind ihrem Gutsherrn, nicht alle Kammerbauern ihrem Landesherrn zur Jagdfrohne verbunden[90]). Oefter iſt die Jagdfolge in Geld verwandelt worden — *Wolfsjagddienſtgelder*[91]). — Die *eigentlichen Handfrohnen, Handfrohnen im ſtrengen Sinne*, ſind ſolche Frohnen, welche mit der Hand verrichtet werden. Daher kann z. B. den Handfröhnern nicht zugemuthet werden, mit dem Geſchirre des Dienſtherrn Spannfrohnen zu verrichten[92]). Die eigentlichen Handfrohnen ſind in der Regel Arbeiten zum wirthſchaftlichen Gebrauche im weiteſten Sinne des Wortes und heißen daher häufig *Ackerfrohnen*, als Getreide ſchneiden, hauen, binden, Seile und Schabe machen, aufmandeln, auf= und abladen, banſen, einſcheuern, dreſchen, wurfen, aufheben, ſäcken, aufſchütten, hiernächſt graben, hacken, Kraut, Kartoffeln u. ſ. w. behacken, Heu und Grummet mähen, ſtreuen, wenden, harken, häufeln, dürre machen, auf Schober, Feumel, Böcke, Windhaufen, Hocken ſetzen, alle Produkte auf= und abladen, ausmiſten, Dünger laden und breiten, hiernächſt pflanzen, Holzſchlagen, Hexelſchneiden, Hof und Banſen fegen und reinigen, Gräben ziehen, Wieſen ebenen, harken, Diſteln ſtechen, Schafe waſchen und ſcheeren, Flachs und Hanf gäten, brechen, hecheln, ſpinnen, Baumaterialien mit herbeiholen, den Maurern und Zimmerleuten zulangen u. ſ. w.[93]).

---

tar Th. 2, §. 123, S. 168. Selbſt *Eichhorn* ſcheint, a. a. O. §. 248, Note h, in dieſen Fehler zu verfallen, wenn er alle Jagddienſte aus dem Schutzrechte, Vogteirechte, ableitet.

88) Z. B. im Fürſtenthume Lüneburg, wenn der Landesherr oder eine andere hohe fürſtliche Perſon ſelbſt jagen, oder wenn auch nur mit hohen Tüchern gejagt wird. Corp. const. Cell. c. 9. p. 15.

89) J. M. *Seuffert*, progr.: Operae venatoriae territoriales quatenus referendae sint? Wirceb. 1790. *Kind* l. c. Tom. II. cap. 31. *Hagemann* a. a. O. §. 233.

90) *Glück* a. a. O. S. 168 u. 169 und die in Note 12 dazu angezogenen Schriftſteller, namentlich: *Hauschild* praes. *Winkler*, Superioritas territorialis fons operarum venaticarum. Lipsiae 1786.

91) *Krug* a. a. O. S. 81, in welcher Schrift, ſo wie bei *Kind* l. c., ſich das k. ſächſ. Particularrecht in dieſen Beziehungen findet.

92) *Leyser* l. c. Vol. VI. spec. 416. m. 3.

93) *Hagemann* a. a. O. §. 239. *Glück* a. a. O. §. 123 a. E., S. 169. *Curtius* a. a. O. §. 292, Note c.

Dieſe Handfrohnen ſind übrigens theils Männer-, theils Weiber-dienſte, Männer- und Weibertage, d. h. theils ſolche, welche von Männern verrichtet werden müſſen, theils ſolche, welche auch von Frauen verrichtet werden können. Zur erſten Claſſe gehören: Holzfällen, Hexelſchneiden, Getreide einfahren helfen u. ſ. w., zur zweiten die zur Zubereitung des Flachſes erforderlichen Geſchäfte, Garn- und Wollſpinnen, Leinwand weben, backen, brauen, mähen, gäten im Garten und Felde u. ſ. w. Der Unterſchied der Kräfte in beiden Geſchlechtern macht, daß die Männerfrohne höher als die Weiberfrohne angeſchlagen wird und daß, da ſie läſtiger iſt, für die Geſchäfte erſterer Art der Frohnherr keine Frau oder Kinder, ſtatt des dazu eigentlich verpflichteten Mannes, anzunehmen braucht. Verſteht aber der Mann die Geſchäfte der zweiten Art, ſo muß ihn der Frohnherr als Stellvertreter der eigentlich dazu verpflichteten Frau ſich gefallen laſſen. Nach Verſchiedenheit der Orts- und Landesgewohnheit werden manche Arbeiten, z. B. Getreideſchneiden, Dreſchen u. ſ. w., bald zu den Männer-, bald zu den Weiberfrohnen gerechnet. Uebrigens entſcheidet, wenn ein Herkommen nicht erwieſen werden kann, darüber, ob eine Frohne zu der einen oder anderen Art von Dienſten gehört, vorzüglich die Beſchaffenheit des Dienſtes[94]). Eine ganz beſondere Art der Handfröhner ſind die Erbdreſcher, Dreſchgütler, Dreſchgärtner, Zehenddreſcher und Erbmäher, Zehendſchnitter, das ſind diejenigen Fröhner, auf deren Grundſtücken das Recht und die Verbindlichkeit ruht, ſämmtliches oder gewiſſes Getreide des Grundherrn, gegen eine beſtimmte, gewöhnlich in einer pars quota des bearbeiteten Getreides beſtehende Vergütung zu mähen oder zu dreſchen oder beides zu verrichten[95]). Dieſe Frohnen unterſcheiden ſich weſentlich von gewöhnlichen Dreſch- und Mähfrohnen theils durch die größere Vergütung, theils durch die mit dem Beſitze des Dreſchgutes verbundene Berechtigung des Erbdreſchens zu Verrichtung dieſer Arbeit. Der Fröhner hat nur dann ein Recht auf Leiſtung der Frohne, wenn er gegen dieſe Leiſtung eine Entſchädigung zu fordern berechtigt iſt. Seine Verpflichtung dabei wird nach den Grundſätzen über Frohnen im allgemeinen beurtheilt; außer inwiefern die Fröhner häufig zu dieſem Geſchäfte mittelſt Eides verpflichtet werden und inwiefern ihnen häufig die Reparirung der Tenne, auf welcher ſie dreſchen, obliegt. Der Grundherr kann ihnen den durch ihre Frohne ihnen erwachſenden Vortheil weder durch Annahme anderer Arbeiter ſtatt ihrer[96]), noch durch Einführung einer anderen Wirthſchaftsart entziehen. Doch wird im erſten Falle vorausgeſetzt, daß ſie nicht durch

---

94) Bülow und Hagemann a. a. O. B. 3, N. 58. Eichhorn a. a. O. §. 249, Note a. Runde a. a. O. §. 492. In gewiſſer Art gegen obige Grundſ. Kind l. c. Tom. II. cap. 11., und Hänſel S. 249. Im Allgem. vgl. Hagemann a. a. O. §. 237, 241 u. 244. Glück a. a. O. S. 167.

95) Gründliche hiſtoriſche Erörterungen darüber ſ. in Koch, ſchleſiſches Archiv für die praktiſche Rechtswiſſenſchaft Bd. 1, Hft. 1 (Breslau 1837), Nr. 12.

96) Kind l. c. T. II. p. 867.

Saumſeligkeit, Widerſpenſtigkeit, ſchlechte Arbeit, Untreue u. ſ. w. richterlich davon entfernt worden ſind (welcher Nachtheil jedoch nur das dermalen dienende Individuum, nicht ſeine Nachfolger im Dreſchergute trifft) und daß der Fröhner entweder ſelbſt oder mittelſt Annahme von Hilfs- und Mitarbeitern die fragliche Arbeit innerhalb der gewöhnlichen Zeit, z. B. den Ausdruſch bis zu Johannis, vollendet. Die Einführung einer neuen Wirthſchaftsart kann aber der Erbdreſcher zwar nicht hindern, kann aber Entſchädigung für den ihm entgehenden Vortheil verlangen[97]).

Die Spannfrohnen, Spanndienſte, Anſpanndienſte, Fahrdienſte, Pferdefrohnen, Zugfrohnen, Zugdienſte (operae vexoriae, iumentariae, armentariae), diejenigen Frohnen, welche mit Zugvieh, Schiff und Geſchirr verrichtet werden müſſen[98]), haften, wenn man dabei auch die Landfolge berückſichtigt, theils auf dem Gute, theils auf dem Zugvieh, und müſſen in letzterem Falle nur mit ſo vielem Viehe geleiſtet werden, als der Fröhner hat, in erſterem nur mit ſo vielem, als das Frohngut, als ſolches, halten muß[99]). So wie man nämlich die Fröhner im allgemeinen in Anſpannfröhner, Anſpänner, Pferdefröhner, Pferdner und Handfröhner theilt (ſ. o. S. 387), ſo werden die Pferdefröhner wieder nach der Anzahl der Pferde, mit welchen ſie frohnen müſſen, in Vierſpänner (zuweilen Vollſpänner genannt), Zweiſpänner (zuweilen Halbſpänner genannt), Einſpänner[100]), hingegen da, wo nicht jeder Anſpanner jede Art von Spannfrohnen zu thun verbunden iſt, nach Art der Arbeiten, die ſie mit ihrem Geſchirre verrichten müſſen, eingetheilt in Fuhrſpänner (daher Fuhr- oder Fahrdienſte), welche die Wagenfuhren thun, Pflugſpänner, Ackerfröhner, welche die Ackerarbeit (Ackerfrohne im engeren Sinne) verrichten, Eggeſpänner (daher Eggefrohne), welche das Feld eggen müſſen[101]). Doch werden die letzten drei Benennungen auch oft für den allgemeinen Ausdruck Anſpannfröhner (pars pro toto), ja ſogar der Ausdruck Ackerfrohne häufig für alle zur öconomiſchen Bearbeitung eines Gutes gehörigen Spann- und Handdienſte (ſ. o. S. 391) gebraucht. Sämmtliche Spannfröhner können vom Gutsherrn nicht gezwungen werden, ſolche ungewöhnliche Spannfuhren zu leiſten, wobei ſie ſich ihrer gewöhnlichen Geſchirre nicht bedienen können, z. B. Schlittenfuhren ſtatt Wagenfuhren, Haken ſtatt Ackern

---

97) Kind l. c. Tom. II. c. XLIII. p. 124. Im allgemeinen über dieſe Materie ſ. Hänſel a. a. O. S. 272 flg. Ueber die Anſprüche der ſchleſiſchen Hofgärtner auf einen Mandelbelohnungsantheil von Raps und ſonſtigen Oelfrüchten, Wurzelgewächſen u. ſ. w., dann auf Nachreche und Habe von gedroſchenem Getreide und auf dießfallſigen Erſatz von durch Lohndreſcher gedroſchenem Getreide ſ. Koch und Baumeiſter a. a. O. Nr. 5, 6, 41.

98) Danz a. a. O. §. 492. Maurenbrecher a. a. O.

99) Fiſcher a. a. O. Bd. 1, §. 1286. Eichhorn a. a. O. §. 251. Doch vgl. auch ebendaſ. Note h.

100) Hufeland, Einleitung in die Wiſſenſchaft des teutſchen Privatrechtes §. 370.

101) Glück a. a. O. S. 166. Hufeland a. a. O.

u. ſ. w.[102]). In der Regel geſchieht die Frohne mit Pferden[103]), doch da, wo die Landesart das Ochſenhalten nöthig macht, z. B. in bergigen Gegenden, mit Ochſen. Im erſteren Falle findet ſich häufig die polizeiliche Vorſchrift, daß der Bauer, welcher eine gewiſſe Anzahl Hufen beſitzt, Pferde halten muß[104]). Auch bei Herrenfrohne ſchließt die Spannfrohne die Willkür aus, ob der Gutsbeſitzer Zugvieh halten will oder nicht. Bei den Herrenfrohnen liegt die Anſpannfrohne nur ſolchen Frohnpflichtigen ob, welche zu Bearbeitung ihrer Güter Zugvieh halten müſſen, doch nicht allen, indem z. B. in der Regel die Kühgütler von Spannfrohne befreit ſind. Hält ſich ein ſolcher, der keine Spannfrohne zu leiſten und alſo kein Spannvieh zu halten verbunden iſt, ſolches freiwillig, ſo hat er damit keine Herrenfrohne zu leiſten. Dagegen müſſen ſehr oft Anſpänner auch Handfrohne verrichten (ſ. o. S. 387), daher die Rechtsparömie: Der Bauer muß dienen, wie er beſpannt iſt, nur auf die Art der Leiſtung der Spannfrohne zu beziehen iſt, keineswegs aber ausdrückt, daß der, welcher beſpannt ſei, darum keine Handfrohne zu leiſten brauche. Kann eine Frohne eben ſowohl mit der Hand, als mit Anſpannung geleiſtet werden, z. B. Teichausfahren, Schlamm- und Erdefahren, Schuttfahren u. ſ. w., ſo leiſtet jeder der Fröhner die Art Frohne, zu welcher er, ſeiner Beſitzung nach, gehört, der Anſpanner Spann-, der Handfröhner Handfrohne, ſo daß dieſer, ſelbſt wenn er Zugvieh hält, doch zur Spannfrohne dabei nicht gezwungen werden kann. Auch kann Spannfrohne nicht einſeitig in Handfrohne verwandelt werden[105]). Der Spannfröhner liefert zur Arbeit nur ſolches Werkzeug, wie er es in ſeiner Wirthſchaft braucht, nicht neuerfundene Inſtrumente ſtatt der gewöhnlichen, doch dieſe in tüchtigem Stande. Für jedes Geſchirr muß er einen tüchtigen Fuhrmann, Treiber[106]) ſtellen, der auf- und abladen mit zu helfen, doch in der Regel dieß nicht allein zu beſorgen verbunden iſt (ſ. o. S. 387). Dabei finden Ausnahmen in der Maße ſtatt, daß er dieß zuweilen allein beſorgen, ſogar das Abgeladene an Ort und Stelle ſchaffen muß. Die Spannfrohnen ſind übrigens entweder auf gewiſſe Tage feſtgeſetzt, wo unbeſtimmte Spannfrohnen, oder auch nach den verſchiedenen Jahreszeiten Acker-, Egge-, Fuhrfrohnen mit einer beſtimmten Anzahl von Zugvieh verrichtet werden müſſen, oder die Fröhner haben bei gewiſſen Grundſtücken die nöthigen Arbeiten ohne Berückſichtigung der dazu nöthigen Zeit zu beſorgen. Bei Fuhren zum Transporte von Sachen, Fuhrdienſten (ſ. o. S. 393), iſt gewöhnlich ein beſtimmtes Gewicht für eine Fuhre, z. B. häufig 10 Centner für eine zweiſpännige Fuhre, ohne Unterſchied der Art des Zugviehes, feſtgeſetzt; außerdem muß das Gutachten Sach-

102) Rüling, 118 Entſcheidungen des O.-A.-Gerichtes zu Celle (Celle 1805), Nr. 18.

103) Kind l. c. Tom. II. cap. XII. (IV. 361. 362.)

104) Mittermaier a. a. O. §. 191.

105) Schlüter und Wallis, juriſtiſche Zeitung für das Königreich Hannover, Jahrg. 3, Hft. 2, S. 85.

106) Juriſtiſche Zeitung für die königl. preußiſchen Staaten, Berlin, Jahrg. 1832, S. 1230.

verſtändiger nach Landes= und Ortsgebrauch die Schwere der Laſt beſtimmen. Doch darf die Frohnfuhre mit der vollen Laſt nur auf dem Hin= oder Rückwege beladen werden; wird ihr auf beiden aufgeladen, ſo darf die Laſt beider zuſammen nur das Gewicht der vollen Laſt ausmachen; außerdem muß dem Fröhner die geleiſtete eine Frohne für zwei gut geſchrieben werden. Es muß aber in der Regel der Fröhner die leeren Geräthſchaften zum Einpacken und Fortſchaffen der zu transportirenden Sachen, alſo Kiſten u. ſ. w., noch über das Gewicht mit hin= oder zurücknehmen. Dieſem nach kann der Fröhner auch nicht gezwungen werden, die Herrenfrohnen mit Wechſelwagen zu verrichten. Bei Reiſefrohnen (das ſind, wenn die Rede von Spannfuhren iſt, ſolche, bei denen der Fröhner ſo weit ſich vom Gute des Dienſtherrn entfernt, daß er unterwegs füttern muß, ehe er zurückkommt [ſ. o. S. 388]) darf in der Regel die Reiſe nicht über zwei Tage dauern, an deren jedem der Fröhner nicht über vier Meilen zu fahren, auch, wenn die Frohne dazu verwendet wird, Sachen an einen dritten Ort hinweg und nicht auf den Herrenhof oder deſſen Zubehör zu bringen, nur innerhalb der Grenzen des herrſchenden Gutes aufzuladen braucht. An einigen Orten werden die Reiſefrohnen in weite oder lange, auf 7—12, und kurze oder kleine, nicht über 6 Meilen Weges, eingetheilt. Bei Marktfuhren (das ſind ſolche, durch welche feilgebotene oder feilzubietende Sachen fortgeſchafft werden) braucht der Fröhner nicht auf einen ſo weit entlegenen Marktplatz, daß erſter nicht noch an demſelben Tage zurückkehren könnte, auch nicht auf einen Marktplatz außer Landes zu fahren, wenn dieſer nicht der gewöhnliche Markt zum Abſatz der Producte aus der Gegend des herrſchenden Gutes iſt. Auf dem Marktplatze ſelbſt muß er die verkauften Sachen den Käufern dort, nicht aber über den Marktort hinaus, fahren, und daher auf den Verkauf warten, doch nicht länger als ſo lange, daß er zur herkömmlichen Zeit wieder zu Hauſe ſein kann. Im allgemeinen gilt die Regel, daß alle Spannfrohnen bei Herrendienſten nur zum Beſten der Gutsöconomie und des Haushaltes geleiſtet werden, daher beſtehen ſie, die eigentliche Oeconomie anlangend, in ackern, pflügen, eggen, Dünger fahren, die Schafhorden auf das Feld und von einem Pferchſchlag zum anderen, auch zurück auf das Gut fahren und den neu gemietheten Schäfer und deſſen Sachen holen, Holz (worunter man die Surrogate an Torf, Braunkohlen u. ſ. w. mitbegreift), Heu, Grummet, Gras einfahren[107]), dann in Erde=, Lehm=, Stein=, Grand=, überhaupt Baumaterialien=, unter anderen Bret= und Röhrenfuhren (ſ. w. u. bei Baufrohne). In der Regel aber kann der Grundherr Kutſchfuhren (mit Ausnahme in einigen Gegenden Weſtphalens, wo dann bei Kutſchfuhren auf den Tag ſechs Meilen Wegs gerechnet werden), ſo wie überhaupt Fuhren zu Herbeiholung und Fortbringung von Gäſten, zum Betriebe von Gewerben, ſelbſt zum Holzhandel, inwiefern die Forderung die gewöhnlichen Holzfuhren überſchreiten würde, nicht von den

---

107) Curtius a. a. O. §. 292, Note a.

Fröhnern verlangen; überhaupt nichts, wodurch die Frohnpflichtigkeit, auf das Einſchränkendſte ausgelegt, überſchritten würde, z. B. nicht das Zuſammenſpannen mehrerer Fröhner, um Laſten fortzubringen, die für das Geſpann Eines Fröhners zu groß wären; nicht die Verwandlung der zum Ackerbau und Haushalt zu verrichtenden Anſpannfrohnen in Reiſefrohnen[108]); nicht daß die Fröhner das Chauſſeegeld bei den Fuhren, mit welchen ſie Chauſſeeeinnahmen berühren, bezahlen[109]).

VI. Nach Verſchiedenheit der Tageszeit im weiteſten Sinne des Wortes ſind die Dienſte theils Tag-, tägliche, theils Tag- und Nacht-, nächtliche Dienſte, je nachdem ſie blos bei Tage — dieß die Regel — oder auch bei Nacht (ſ. o. S. 389 u. 390) gefordert werden können, letzteres häufig bei Land- und Gemeindefrohne, z. B. Botenlaufen, Feuerreiten, Streifen u. ſ. w.[110]). Wird der Dienſt in der Nacht geleiſtet, ſo wird er in der Regel für einen ganzen Frohntag gerechnet[111]). Endlich findet man auch zuweilen die Eintheilung der Frohnen,

VII. nach der hiſtoriſchen Erfahrung über deren Ausübung und Nichtausübung, in gebräuchliche und nichtgebräuchliche Frohnen[112]), unter welchen letzteren man theils ſolche verſteht, die noch gar nicht, theils ſolche, die zeither nicht mehr ausgeübt wurden. Sie iſt ziemlich unpraktiſch, da ungebräuchliche Frohnen wenigſtens bei der Herrenfrohne nicht neu eingeführt werden können. Rückſichtlich der zeither nicht mehr gebräuchlichen wird es bei Herrenfrohnen, wenn der Herr ſie fordert, darauf ankommen, ob die Grundſätze der Extinctivverjährung auf ſie anwendbar ſind (ſ. w. u.), in welchem Falle nur ſie nicht mehr gefordert werden können. Dieß wird auch den Entſcheidungsgrund bei der Frage abgeben, ob bei einer Verwandlung der Frohne der Dienſtherr eine Vergütung für nicht mehr gebräuchliche Frohnen fordern kann? Ungebräuchliche Landes- und Gemeindefrohnen können, bei entſtandenem Bedürfniſſe, bezüglich durch Geſetze und giltige Gemeindebeſchlüſſe aufgelegt werden.

Alle die ſo eben (von II. S. 382 an) aufgeführten Frohnen können, wie gedacht, bei den drei verſchiedenen Hauptfrohnarten (ſ. o. S. 381 I.) vorkommen, namentlich

1) bei der Land- oder Landesfrohne, Landesfolge, Territorialhoheitsdienſt, Landhüde oder Landhude, Landwehre (sequela territorialis, servitia territorialia, auch servitia κατ' ἐξοχήν, zum Unterſchiede von operae rusticae)[113]), das ſind die ver-

---

108) Ueber die Lehre von den Spannfuhren im allgemeinen vgl. Hagemann a. a. O. §. 242. Hänſel a. a. O. S. 259 flg., 263 flg., 276 flg.

109) Amelang, neues Archiv der preußiſchen Geſetzgebung Bd. 8 (Berlin 1805), S. 56.

110) Fiſcher a. a. O. §. 1283. Pufendorf l. c. Tom. I. obs. 121. §. II. p. 318.

111) Runde a. a. O. §. 492, Note b.

112) Fiſcher a. a. O. §. 1282.

113) Die Literatur ſ. beſonders in Leiſt, Lehrbuch des Staatsrechtes §. 211. Vorzüglich zu bemerken ſind: Eckholdt, de iure sequelae. Lips. 1668. Cocceji de iure sequelae. Heidelb. 1672. (1678.) Fritsch,

möge einer Pflicht des öffentlichen Rechtes dem Landesherrn, als ſolchem, und alſo vermöge der Landeshoheit zum Beſten des Staates, beſonders zur öffentlichen Sicherheit, ſowohl, ſo weit es Frohnen auf dem Lande gilt, von Patrimonial- als von Kammerbauern zu leiſtenden Frohnen und Dienſte[114]). Sie ſind ganz klar zum Theil die oben erwähnten alten angariae und veredi. Die Verbindlichkeit des Staatsbürgers, Staatsdienſte als Bürgerpflicht, theils zur Vergeltung der ihm durch den Staatsverband zufließenden Wohlthaten, theils aber auch ohne dieſe Rückſicht wegen deren hervortretender Nothwendigkeit, behufs der Erhaltung des Staates und im Mangel anderer dazu anzuwendender Mittel, zu leiſten, liegt klar vor. Die Naturalleiſtung war bei dem Beginne des Staates durch ſich ſelbſt geboten und der Natur der Sache angemeſſen wegen ziemlich allgemeiner Gleichheit der Vermögensumſtände und Mittel der einzelnen Staatsbürger und wegen der daher vorhandenen ziemlich allgemeinen Gleichheit der Vortheile, welche jeder einzelne Staatsbürger vom Staate zog. Allein mit der Zunahme der Civiliſation trat eine größere Ungleichheit aller Verhältniſſe ein und ſomit auch die Nothwendigkeit, die Ungleichheiten, welche durch gleiche Naturalleiſtungen und den ihnen nun gegenüberſtehenden ungleichen Genuß der Staatswohlthaten entſtehen mußten, durch ein Ausgleichungsmittel zu heben, an die Stelle der Naturalleiſtungen Geldleiſtungen zu ſtellen. Dieſe mußten verhältnißmäßig vertheilt und es konnten die nunmehr von beſonders dazu zu beſtellenden Perſonen zu verrichtenden Dienſte durch ſie bezahlt werden. Dennoch konnte der Staat die Verbindlichkeit zu Leiſtung dieſer Dienſte nicht ganz in den freien Willen der Staatsbürger ſtellen, um nicht durch Mangel an Subjecten dazu in Verlegenheit, ja in Noth und Gefahr zu kommen, und ſo macht er von dieſem Rechte in Bezug auf diejenigen Theile der Landesfolge, welche nach dem jetzigen Culturſtande eine beſondere Befähigung verlangen, nur einen beſchränkten Gebrauch. Sie werden unter dem Namen **Staatsdienſte im weiteren Sinne**, begreifend Staatsdienſt im engeren Sinne, Kirchen- und

---

de iure lustrationis et sequelae. Nor. 1676. Textor, de iure sequelae. de Berger, de iure ordin. imper. territor. circa operas subditor. Jenae 1729. Hertius, de superioritate territoriali §. 57 sq. Hahn, de iure sequelae. Mogunt. 1744. (in Hartleben, thesaur. diss. Mog. Vol. I. P. II. p. 55 sq.) Bucher, nonnulla de functionum publicarum s. operarum territorialium indole finibusque eorum regundis. Rint. 1784. (1785.) de Winkler, superioritas territorialis fons operarum principi a subditis debitarum. 1786. Hille, de principum Germaniae circa operas rusticorum territoriales iuribus eorumque praescriptione. Marb. 1789. Weckherlin a. a. O. Gumprecht, de sequela territoriali. 1799. Bülow und Hagemann a. a. O. Bd. 1, S. 126. de Cannegiesser, decis. Hasso-Cassel. Tom. IX. dec. 230. p. 3. Strube a. a. O. Bed. 514 (II, 8). Klüber, öffentliches Recht des teutſchen Bundes §. 468 flg. Maurenbrecher, Grundſätze des teutſchen Staatsrechtes §. 220 flg.

114) Maurenbrecher a. a. O. §. 220. Mittermaier a. a. O. §. 190. Hagemann a. a. O. §. 231. Glück a. a. O. §. 123, S. 165. Berger l. c. lib. I. tit. II. th. 8. not. 1. Curtius a. a. O. §. 293. Hänſel a. a. O. S. 231.

Kriegsdienſt, zu den Staatsfrohnen, obſchon mit ihnen von gleichem Urſprunge, nicht mehr gerechnet, welche, wie alle Frohnen, nur gemeine Verrichtungen (operae officiales) zum Gegenſtande haben. Nur dieſe gehören hierher. Allein aus den angegebenen Gründen nehmen dieſelben jetzt den Charakter von Naturalſtaatsabgaben an und können, wenn ihre Nothwendigkeit eintritt, eben ſo gut wie Steuern gefordert werden. Ihre unmittelbare Vertheilung muß aber entweder ſchon dem Principe der verhältnißmäßigen Gleichheit aller Steuerpflichtigen im Staate entſprechen, oder dieſe Gleichheit muß durch nachträgliche Vergütung hergeſtellt werden. Daher iſt es unrecht, wenn die Staatsfrohnen nur gewiſſen Claſſen von Staatsbürgern und dieſen überdieß unentgeltlich und ohne eine Ausgleichung mit den übrigen Staatsbürgern angeſonnen werden[115]). Auch iſt deßhalb nach manchen Staatsverfaſſungen die Auflegung neuer Landesfrohnen an die Einwilligung der Landſtände gebunden, wogegen die Ausſchreibung der, durch Staatsbedürfniß gebotenen und in Verträgen und Herkommen begründeten, beſonders wegen nöthiger Eile und bei auf dem Verzuge haftender Gefahr, oft nicht von jener Einwilligung abhängig gemacht werden kann und daher in der Regel nicht davon abhängig iſt. Während des Reichsverbandes konnte wegen unrechtmäßig auferlegter Landfolge bei den Reichsgerichten Beſchwerde geführt werden[116]). Die Repartition der Landesfolge geſchieht gewöhnlich nach dem Steuerfuße; der einzelne Landesfrohnpflichtige aber muß ſie (obgedachte Ausgleichung abgerechnet) auf eigene Koſten verrichten, ohne Futter für ſein Vieh oder Entſchädigung für Schaden an Vieh, Schiff und Geſchirr fordern zu können. In manchen Ländern jedoch werden die Landesfrohnen auf die ganzen Gemeinden repartirt, und dieſe laſſen ſie, entweder nach einer gewiſſen Reihefolge unter den Gemeindemitgliedern durch dieſe, oder um Lohn thun, in welchen Fällen die Gemeinden in der Regel den Schaden des Einzelnen aus gemeinſamen Mitteln tragen. Die Landesfrohne beſteht größerentheils in ungemeſſenen Spann= oder Handdienſten. Bei den erſteren gilt der Grundſatz, daß die Frohne ſo geleiſtet werden muß, wie der Frohnpflichtige eben beſpannt iſt[117]), nicht wie er beſpannt ſein ſollte (ſ. o. S. 393 u. 394). Ueber den Umfang der Landesfrohne exiſtiren allgemeine Beſtimmungen nicht, nur ſo viel iſt gewiß, daß ſie allen Staatsunterthanen obliegt[118]) und zwar ſo, wie ſie in jedem Lande landüblich iſt[119]). Eben deßhalb findet eigentlich keine Befreiung davon ſtatt; indeß nimmt man durch Herkommen an, daß die ſteuerfreien Perſonen auch von den Landesfrohnen frei ſind. So in der Regel Rittergutsbeſitzer[120]), Staatsdiener,

---

115) Rotteck a. a. O. S. 177 u. 179 flg.

116) Das Geſuch der Reichsverſammlung, dergleichen Beſchwerden bei den Reichsgerichten nicht annehmen zu laſſen, iſt ausdrücklich abgeſchlagen in der kaiſerlichen Reſolution von 1670 in Schmauß, corp. iur. publ. S. 1077.

117) Runde a. a. O. §. 493.

118) J. Reichsabſch. v. 1656, §. 180, bei Schmauß a. a. O. S. 1018, und die vorſtehend Note 116 angezogene kaiſerliche Reſolution.

119) Mittermaier a. a. O. §. 190.

120) Leyser l. c. spec. 416. med. 2.

Geiſtliche; die Befreiung dieſer Perſonen hört auf, ſo wie ſucceſſiv die Steuerbefreiungen ſelbſt aufhören. Die Landesfrohnen können aber auch in der Regel nicht weiter gefordert werden, als ſie durch Herkommen oder Landesgeſetze eingeführt ſind, mit Ausnahme der Dienſte, welche vermöge der Regierungsgewalt in außerordentlichen Fällen, unter Vorbehalt der Ausgleichung, einzelnen Staatsbürgern aufgelegt werden. Bei Concurrenz der Landesfrohnen mit Gemeinde- oder Herrenfrohnen gehen ſie den letzteren beiden vor[121]) (ſ. w. u. in den allgemeinen Grundſätzen Nr. 14); doch darf dabei nicht überſehen werden, daß nicht alle Frohnen, welche der Landesherr fordert, Landesfrohnen ſind. Urſprünglich wurden ſie theils als Reichsfrohne, theils an Beamte, theils an Territorialherren geleiſtet[122]), und ſo wurden häufiger gewöhnliche, an den Landesherrn und deſſen Untergebene geleiſtete Herrenfrohnen als Landesfrohnen angeſehen. Sie ſollten eigentlich blos von den Kammerbauern geleiſtet werden, die in der Regel in demſelben Verhältniſſe zu der landesherrlichen Kammer ſtehen, wie der Patrimonialbauer zu ſeinem Gutsherrn, und eben deßhalb iſt, zu Ausgleichung der durch jene Vermiſchung entſtandenen Benachtheiligung, häufig eingeführt, daß der Patrimonialbauer weniger, vielleicht nur halb ſo viele Landesfrohnen verrichtet als der Kammerbauer[123]). Die eigentliche Landfrohne, ein Ueberbleibſel der alten reisa (ſ. o. S. 379), begreift offenbar die Hofdienſte oder Hoffolge, zur Fortſchaffung des landesherrlichen Hoflagers, der Beamten u. ſ. w. nicht. Dennoch ſind ſie hier und da als Landesfrohnen eingeführt, können aber nirgends gefordert werden, als wenn der Beweis des Erwerbes geführt wird[124]). Gewöhnlich werden als Landesfolge die nachverzeichneten Dienſte gefordert[125]): a) das Aufgebot, Landwehre u. ſ. w., d. i. die Landesvertheidigung auch ohne regelmäßigen Kriegsdienſt bei Anweſenheit des Feindes im Lande und bei Empörung und Tumult. b) Kriegsfuhren, Kriegerfuhren, Kriegerreiſen, Vorſpanne, das ſind Fuhren zur Fortſchaffung des Militärs und der Militäreffecten und Bedürfniſſe, z. B. der Magazine, Hoſpitäler u. ſ. w. Sie ſind durch das Herkommen auch auf andere Bedürfniſſe ausgedehnt worden, z. B. auf die Vorſpanne für die Poſt, wenn die dort verfaſſungsmäßig zu haltenden Pferde für einen augenblicklichen großen Bedarf nicht auslangen. In der Regel aber müſſen die Anſpanner in dieſem Falle für die Leiſtungen das volle Poſtgeld erhalten, welches die Reiſenden verfaſſungsmäßig an die Poſt erlegen müſſen. Vorzüglich wird dieſe Poſtvorſpanne und Poſtanſpanne bei den

---

121) Ueber alles dieß vgl. Hagemann a. a. O. §. 231 u. 232. Eichhorn a. a. O. §. 248.

122) Mittermaier a. a. O. §. 189.

123) Curtius a. a. O. §. 293, Note a.

124) Hagemann a. a. O. §. 233, beſonders Note 3. Danz a. a. O. §. 493, Nr. 3.

125) Mittermaier a. a. O. §. 190. Hagemann a. a. O. §. 233. Rotteck a. a. O. S. 181. Curtius a. a. O. §. 293. Runde a. a. O. §. 493. Glück a. a. O. §. 123. Fiſcher a. a. O. §. 1272. Hufeland a. a. O. §. 374. Eichhorn a. a. O. §. 248, S. 637.

Reiſen regierender Herren angewendet. Oft werden nicht die ganzen Geſchirre, ſondern blos reitende Boten — Metzgerritte, Poſtritte — oder die Pferde zum Reiten für das Militär requirirt[126]). In dieſe Kategorie gehört auch das Botſchaftlaufen (ſ. o. S. 388) im Kriege. c) Die Frohnen zur Erbauung und Unterhaltung der Feſtungen und feſten Burgen — Burgfeſten und Schanzarbeiten. Sie ſind auf Baufrohnen (ſ. w. u.) zu den fürſtlichen Reſidenzſchlöſſern, Amthäuſern, Vorwerken, Frohnveſten[127]) u. ſ. w. ausgedehnt worden, ſo wie auf den Bau von Caſernen für das Militär, ohnerachtet ſie in den ſchon erwähnten Reichsgeſetzen nur auf den nothwendigen Feſtungsbau beſchränkt ſind. Da alſo, wo das Recht, ſie auch zu anderen Bauen zu brauchen, nicht bewieſen iſt, ſind ſie darauf einzuſchränken. Häufig werden auch ſogar die an den Gutsherrn zu leiſtenden Privatbaufrohnen (ſ. w. u.) Burgfeſten genannt[128]). d) Frohnen zur Herſtellung der Heerſtraßen, ausgedehnt auf Baufrohnen zu Chauſſeen, Dämmen, Deichen — Wegefrohnen —, Ausſchaufelung des Schnees aus hohlen und Gangbarmachung der von Schnee, Bergſtürzen, Waſſerfluthen verſchütteten Straßen, Wegſchaffung des durch Feuersbrünſte oder Erdbeben verurſachten Schuttes. Dieß letztere kann auch e) zu den Feuerdienſten gerechnet werden, wohin ferner Feuerritte, Spritzenfahren, Bedienung der Spritzen und Hülfe bei entſtandenen Feuersbrünſten, namentlich das Umhauen von Bäumen und Grabenziehen im Falle entſtandener Waldbrände, gehören. f) Die Jagdfolge (ſ. o. S. 390). g) Das Wachen und Cordonziehen in Contagionsfällen zu Abhaltung angeſteckter Fremder und zu Abſperrung angeſteckter Inländer auf beſtimmte Punkte. h) Streifen zur Abhaltung oder Vertreibung herumſtreifender Räuber- und Diebsbanden, Zigeunerhorden, Bettler und anderer Vagabunden. Damit hängt zuſammen i) die Amts- und Gerichtsfolge, Schaarwerke, d. i. die Pflicht, dem Gerichte bei Verfolgung von Verbrechern zu folgen, bei deren Arretirung behülflich zu ſein, verdächtige eingezogene Perſonen zu bewachen und zu transportiren (ſ. o. S. 388), auch bei Hinrichtung mit dem Tode beſtrafter Perſonen den Kreis zu ſchließen, in welchem die Execution geſchieht. Dieß letztere liegt in den Städten häufig den Pfahlbürgern ob. Oft entſpringen die gedachten Dienſte aus der in der Landeshoheit enthaltenen Schutzherrſchaft (Vogtei), werden dann nicht ſowohl für den Landesherrn als ſolchen, als für die Kammer und Kammergüter gefordert und können daher ebenſo, wie die mit den Gerichten durch Belehnung u. ſ. w. auf Privatperſonen übergegangene Gerichtsfolge, nicht über das erweitert werden, was hergebracht iſt[129]). Unrechtmäßigerweiſe

---

126) Strube a. a. O. Bed. 115 (II, 9). Rüling a. a. O. Nr. 62. Eichhorn a. a. O. S. 637. Vgl. auch oben Note 118.

127) Mittermaier a. a. O. §. 194.

128) Strube a. a. O. Bed. 516 (III, 143), Bed. 517 (IV, 71). Cannegiesser l. c. Tom. VII. dec. 193. p. 117. et Tom. XI. dec. 283. p. 34. Bülow und Hagemann a. a. O. Bed. 1, S. 215. Danz a. a. O. §. 493, S. 212 u. 218. Glück a. a. O. §. 123, S. 168.

129) Eichhorn a. a. O. S. 638.

iſt auch die Gerichtsfolge öfter auf Frohnen zu Erbauung der Frohnveſten ausgedehnt worden.

2) Die Gemeinde- oder Communfrohnen, Gemeinde- oder Commundienſte, Gemeinereihewerke, Riege- oder Reihedienſte, Bauereinigungen (Baureinigungen), das ſind diejenigen Dienſte, welche als Folge des Gemeindeverbandes, zum Beſten der Gemeinde von jedem Gemeindemitgliede geleiſtet werden müſſen [130]). Sie haben zum Grunde der Verpflichtung ziemlich daſſelbe Princip, wie die Staatsfrohnen[131]) (ſ. o. S. 397), nämlich die Societätspflicht der gemeinſchaftlichen Tragung gemeinſchaftlicher Laſten [132]), jedoch unter Berückſichtigung des Grundſatzes, daß, wer die Vortheile genießt, auch die Nachtheile tragen muß [133]). Je nachdem die Zwecke verſchieden ſind, beſtehen ſie in Boten-, Wacht-, Hand- oder Spanndienſten zum Heben und Räumen der Graben, Canäle, Hohlen, Brüche, Flüſſe u. ſ. w., Anpflanzung der Bäume, Holzſchlagen, Holzhacken, Holzauf- und -abladen, auch -anfahren, in Baufrohnen (ſ. w. u.) zu Gemeindehäuſern, Zäunen, Brücken, Stegen, Wegen (d. h. Communal-, Vicinal-, Communications- oder Verbindungs-, Neben- oder Richtwegen, nicht Feld- und Holzwegen, welche letztere jeder Eigenthümer ſelbſt zu halten hat [ſ. d. Art. Wege]), zu Deichen, Dämmen, Ufern, Schleuſen, Sielen und allen öconomiſchen Arbeiten, ſo weit deren die Gemeinde bei ihren Grundſtücken bedarf, zu Herbeiholung des Gemeindehirten u. ſ. w. [134]). Wenn gleich nach dem obigen bei Entſcheidung der Frage über Verbindlichkeit zu den Gemeindefrohnen leitenden Grundſatz, eine blos perſönliche Verpflichtung zum Grunde zu liegen ſcheint [135]); ſo wird doch dieſe da dinglich, wo einzelne Grundſtücke den Nutzen von einer oder der anderen Einrichtung haben. Jeder Beſitzer des von Letzter vortheilenden Grundſtückes muß die nöthigen Frohnen leiſten, z. B. häufig bei Deichfrohnen, wo nur die Beſitzer derjenigen Grundſtücke, welche durch den Deichbau geſchützt werden, beim Wegebau, wo häufig die Grundſtücksbeſitzer, ſo weit ihre Grundſtücke am fraglichen Wege liegen u. ſ. w., die nöthigen Baufrohnen verrichten müſſen [136]). Obiger Grundſatz entſcheidet da, wo von einer Einrichtung nicht die ganze Gemeinde Vortheil hat, während

---

130) Mittermaier a. a. O. §. 190. Hagemann a. a. O. §. 247. Scholz III., Zeitſchrift für Landwirthſchaftsrecht Bd. 2, Hft. 2, S. 118, Nr. VIII: Ueber Natur und Vertheilung der Gemeinereihewerke, und die dieſerhalb anzuſtellenden Klagen. Koch und Baumeiſter a. a. O. Bd. 3, Nr. 17 u. 18.

131) Rotteck a. a. O. S. 177, 184.

132) Hagemann a. a. O. Runde a. a. O. §. 493. Rotteck a. a. O. S. 184.

133) Danz a. a. O. §. 491, S. 193. Scholz III. a. a. O. S. 120 u. 123. Hagemann a. a. O. §. 249.

134) Scholz III. a. a. O. S. 118. Hagemann a. a. O. §. 248 Mittermaier a. a. O.

135) Danz a. a. O. S. 194. Hagemann a. a. O. §. 247.

136) Scholz III. a. a. O. S. 119, und im a. Baurecht S. 254. Hagemann a. a. O. §. 174.

im entgegengeſetzten Falle, oder wenn es die Löſung einer der ganzen Gemeinde obliegenden Verpflichtung gilt, die reinen Societätsgrundſätze eintreten. Man muß deßhalb die Stammgemeinde, die Dorfgemeinde im engeren Sinne — in Städten findet man, mit wenigen Ausnahmen (ſ. o. S. 390), in der Regel keine Gemeindefrohnen, weil ſich deren Leiſtung mit den bürgerlichen Beſchäftigungen nicht wohl vereinigt[137]) — von der weiteren Gemeinde unterſcheiden, zu welcher alle Einwohner eines Ortes, Schutzbauern, Neuhäusler, Hausgenoſſen u. ſ. w. gehören. Das Princip, dieſen ganzen Inbegriff als Gemeinde anzuſehen, gehört erſt der neueren Zeit. Früher hatten und noch jetzt haben hier und da blos die Stammbauern, die Urgrundbeſitzer eines Dorfes, eigentliches Gemeinderecht, nur ſie hielten und halten die Gemeindeberathungen und profitirten eigentlich von den Gemeindegrundſtücken. Den ſpäter in die Dörfer gezogenen Tagelöhnern und Gewerbetreibenden jeder Art, welche nur von einigen Gemeindeeinrichtungen, z. B. den Wegen, Gemeindebrunnen, dem eigentlichen Gemeindehauſe, dem Gemeindebackhauſe (das Gemeindebrauhaus benutzen gewöhnlich nur die Grundſtücksbeſitzer) u. ſ. w., Vortheil zogen, wurden und werden nur zu Frohnen dazu, ebenſo in Kriegszeiten nur zu Verpflichtungen der ganzen Gemeinden beigezogen. So hat es ſich z. B. dahin gebildet, daß da, wo die Kriegslaſten als Sache der ganzen Gemeinde angeſehen werden, die Einquartirungen in alle Güter und Häuſer vertheilt, die Spannfuhren blos von den, mit Zugvieh verſehenen, die Botengänge, das Herbeiholen und Begleiten des einquartirten Militärs von den nicht beſpannten Einwohnern verſehen, die Mitglieder der weiteren Gemeinde nur zu den Gemeindeberathungen über Verpflichtungen der weiteren Gemeinde, z. B. über das Armenweſen u. ſ. w., zugezogen werden[138]). Darnach reguliren ſich inſonderheit die Gemeindefrohnen. Verbunden iſt an ſich zu allen ſolchen allgemeinen Gemeindefrohnen, wer ſich unter den Gemeindeverband begibt, alſo in dieſem Falle auch Adelige, freie Gutsbeſitzer, Kirchen- und Schuldiener, Handwerker, Pachter u. ſ. w., zu den beſonderen nur, inwiefern er den zur beſonderen Frohnleiſtung erforderlichen Charakter, er von den beſonderen Einrichtungen Vortheil hat[139]). Indeß ſind Rittergutsbeſitzer, Kirchen- und Schuldiener durch ein, aber jederzeit ſtreng zu beweiſendes, Herkommen[140]) häufig von den Gemeindefrohnen befreit. Während nach allem dieſen in früheren Zeiten die Vortheile, welche jedes Gemeindemitglied von den Gemeindeeinrichtungen hatte, ziemlich gleich waren, daher die Gemeindefrohnen, welche ſonach nicht nach dem Maße des Vermögens und Einkommens, wie die Staatslaſten, gefordert werden können, in der Regel gleichheitlich, nach der Mannzahl oder nachbargleich[141]),

---

137) Scholz III., in der angez. Zeitſchrift S. 120.
138) Ueber dieß Alles vgl. Scholz III. a. a. O. S. 122.
139) Leyser l. c. spec. 416. med. 3. Hagemann a. a. O. §. 249. Weſtphal a. a. O. Bd. 1, Abh. 8, §. 4. Eichhorn a. a. O. §. 248.
140) Hagemann a. a. O. Scholz III. a. a. O. S. 125.
141) Runde a. a. O. §. 493 a. E.

auch nach der Zahl der Häuſer geleiſtet wurden, je nachdem die Reihe einen Jeden traf, gibt jetzt allerdings in der Regel der größere oder geringere, der allgemeine oder beſondere Nutzen, den Jemand aus der Gemeinde zieht, den Repartitionsmaßſtab ab[142]). Indeß iſt auch hier das Herkommen und die individuelle Verfaſſung einer jeden Gemeinde beſonders zu berückſichtigen[143]). Zu den Gemeindefrohnen werden gewöhnlich auch die Parochialfrohnen gerechnet, das ſind die Frohnen zum Bau und zur Reparatur ſämmtlicher geiſtlicher Gebäude und anderen Grundſtücke, Beſtellung und Beerntung der Kirchenäcker und -Wieſen, zur Hereinſchaffung des geiſtlichen Holzdeputates und Decem, zur Herbeiholung neuer Kirchen- und Schuldiener, zur Herbei- und Zurückbringung des jene einführenden und beaufſichtigenden Perſonales u. ſ. w.[144]). Die Verbindlichkeit zu denſelben beruht indeß nicht ſowohl auf dem Gemeindeverbande, als auf der Parochialſocietät, vermöge deren alle diejenigen zu jenen Gegenſtänden beizutragen haben, welche von den erwähnten geiſtlichen Inſtituten profitiren. Daher haben auch zu dieſen Frohnen nicht blos die Mitglieder des Ortes, worin Pfarre und Schule ſind, ſondern auch die Eingepfarrten und bezüglich die Filialiſten beizutragen. Herkommen, Landesgeſetze und Verträge entſcheiden auch hier. In der Regel werden von den Anſpännern die nöthigen Spann-, von den übrigen die Handfrohnen, nach der Größe der verſchiedenen Beſitzungen, geleiſtet[145]).

3) Die Herrenfrohnen, Frohnen κατ' ἐξοχὴν, Hofdienſte, Gutsfrohnen, Unterthanenfrohnen ſind die, in der Regel von dem Beſitzer eines Gutscomplexes, ſelten einzelner Grundſtücke, als Reallaſt, ſelten von einem Unangeſeſſenen, zum Vortheile eines anderen Gutes um einen geringen oder gar keinen Lohn zu leiſtenden Dienſte[146]). Sie ſind großentheils aus der ehemaligen Vogtei herzulei-

---

142) Scholz III. a. a. O. Rotteck a. a. O. S. 184, 185.

143) Glück a. a. O. S. 165 flg.

144) Mittermaier a. a. O. §. 194.

145) Hagemann a. a. O. §. 250. Hänſel a. a. O. S. 231. Scholz III. a. a. O. S. 127. Ueber geiſtliche Baue und Reparaturen vgl. beſonders Schreckenberger, de onere reficiendi templa et domicilia ministror. ecclesiastic. Lips. 1812., und die geſammte Literatur bei Gründler, über die Verbindlichkeit zur Erhaltung und Wiederherſtellung der Cultusgebäude (Nürnberg 1839), §. 7, S. 13 flg. Ueber braunſchweig'ſches Particularrecht ſ. inſonderheit Scholz III. a. a. O. S. 128 flg.

146) Danz a. a. O. §. 491. Hagemann a. a. O. §. 234. Eichhorn a. a. O. §. 248. Meyer, über Herrendienſte und deren Aufhebung. Celle 1803. Außer den bei einigen Gegenſtänden bereits bemerkten particularrechtlichen Beſtimmungen finden ſich dergleichen in nachfolgenden Schriften: wegen Lüneburg: Wallis u. Schlüter a. a. O. Jahrg. 3, Hft. 2, S. 53; wegen der göttingen'ſchen Ortſchaften: Elvers, allgem. juriſt. Ztg. Jahrg. 3, 1830, S. 411; wegen des Königreichs Sachſen: Emminghaus, über das k. ſächſiſche Mandat v. 13. Auguſt 1830, die Bekanntmachung allgemeiner Rechtsgrundſätze über Frohn- und Dienſtſachen betr., in Martin's w. u. Note 243 angezogenen Jahrb. Bd. 3, Hft. 2, S. 156, auch in den ſämmtlichen angezogenen Stellen der angeführten beiden Werke von Kind und Hänſel; wegen Baden in den mehrfach in dieſem Artikel erwähnten Ho-

ten, aber auch öfter aus Vertrag[147]). Sie werden beſonders den Rittergütern, aber auch den Gütern der Geiſtlichkeit und anderer Privatbeſitzer, nicht minder den landesherrlichen Aemtern, Domänen, Chatoull- und Kammergütern geleiſtet. Sie ſind Reallaſten, ſo weit ſie nicht aus dem alten Hörigkeitsverhältniſſe herrühren[148]) und, nach Beſchaffenheit des Frohnberechtigten, Guts- oder Familienfrohnen, auch, je nachdem ſie auf einem gewiſſen Grundſtücke haften, oder als Folge der Anſäſſigkeit an einem gewiſſen Orte entſtehen, walzende oder ſäſſige[149]). Zu ihnen werden, obgleich dem Syſteme nach unrichtig (ſ. o. S. 400)[150]), die dem Gerichtsherrn zu leiſtenden Gerichtsfrohnen in der Regel gerechnet. Doch da die Herrenfrohnen zum Theil aus den Vogteiverhältniſſen herrühren, ſo entſteht, wenn dieß nachgewieſen wird, im Falle des Streites darüber, wem dieſe Frohnen zu leiſten ſind, eine Präſumtion für den Gerichtsherrn[151]), außerdem für den Gutsherrn[152]), zuweilen muß Beiden Frohne geleiſtet werden[153]). Außer den Rittergütern können Frohnen auch anderen Grundſtücken activ zuſtehen[154]); keinen Falls erhält der Dienſtherr durch dieſes Verhältniß die Gutsherrſchaft über das dienende Gut[155]). Der Umſtand, daß ein Gut frohnpflichtig iſt, beweiſt nichts dafür, daß der Frohnberechtigte Guts- oder Leibherr des Frohnpflichtigen ſei[156]), und die Frohnpflicht kommt weder bei allen Bauerngütern, noch blos bei ihnen, vielmehr auch in kleinen Städten vor, als Folge der ehemaligen Vogtei[157]). Das Recht Frohnen zu fordern iſt aber auch nicht als Theil der Subſtanz des berechtigten Hauptgutes, ſondern als bloße Pertinenz deſſelben zu betrachten[158]). Mit Ausſchluß der zur Gerichtsfolge gehörigen Frohnen und der Reiſedienſte (ſ. o. S. 388 u. 395),

---

henhorſt'ſchen Jahrbüchern; wegen Bayern: in Heller v. Hellersberg, über d. Verhältn. zwiſchen Gerichtsbarkeit und Schaarwerken in Bayern, Nürnberg 1798, Beiträge zur Geſchichte der Frohne oder Schaarwerk in Bayern, Frankf. a. M. 1798, Bemerkungen über das Schaarwerksweſen in den oberpfälz'ſchen Fürſtenthümern, Meißen 1800; wegen des Großherzogthums Heſſen: bei Ebel a. a. O.; wegen Weimar: bei Emminghaus, in der nachſteh. angez. Schrift über den Geſindezwangdienſt; wegen Pommern: de Balthasar, de servitiis et operis rusticorum in Pomerania. Gryph. 1740.

147) Rotteck a. a. O. S. 177.

148) Maurenbrecher a. a. O. §. 341. Danz a. a. O. S. 190.

149) Mittermaier a. a. O. §. 190. Rotteck a. a. O. S. 178 u. 186.

150) Mittermaier a. a. O.

151) Eichhorn a. a. O. §. 250.

152) Curtius a. a. O. §. 303. Richter, Aufſätze über verſchiedene Rechtsfragen (Tübingen 1824), Nr. 37, S. 126.

153) Fiſcher a. a. O. §. 1275.

154) Hänſel a. a. O. S. 231.

155) Strube a. a. O. Bed. 241 (V, 4).

156) Maurenbrecher a. a. O. §. 340, S. 747. v. Hohnhorſt, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim, Bd. 4, S. 70.

157) Mittermaier a. a. O. §. 191. Hänſel a. a. O. S. 235.

158) Simon und Hinſchius, Entſcheidungen des Geheimen Ober-Tribunals (zu Berlin), Bd. 5 (Berlin 1841), S. 1.

von denen hier nur zu bemerken iſt, daß der Fröhner, wenn er auf eigene Koſten frohnen muß, nichts als die gewöhnliche Zehrung und Futter zu beſtreiten braucht, und daß ſie eigentlich zu den Stückfrohnen gehören[159]), ſind die dem Frohnherrn zu leiſtenden Dienſte Haushalts- und Wirthſchaftsdienſte im weiteſten Sinne des Wortes[160]), das ſind alle zur Bewirthſchaftung eines Gutes, einſchließlich Feld-, Wieſen-, Teich-, Holz-, Viehwirthſchaft, Jagd- und Hausweſen, erforderlichen Hand- und Spanndienſte (ſ. o. S. 387), mit den oben (S. 385) angegebenen Beſchränkungen. Zu den Haushaltungsdienſten insbeſondere werden Kehren, Reinigen, Scheuern, Hof- und Banſenfegen, Ausmiſten[161]), Holzhacken, Hexelſchneiden, das Backen, Brauen, Nähen u. ſ. w., inſonderheit aber der Dienſtzwang[162]) oder richtiger Zwangdienſt, Geſindedienſtzwang, Kinderdienſtzwang gerechnet, d. i. das, dem Gerichtsherrn zuſtehende Recht, die Kinder der Landleute, welche ſich als Dienſtboten vermiethen wollen, zu zwingen, daß ſie ihm in dieſer Eigenſchaft um den geſetzlichen oder hergebrachten Lohn (gewöhnlich einen geringern, als bei freiwilligem Geſinde — Zwanglohn), eine Zeit lang dienen[163]). Die Zeit des Dienſtes iſt verſchieden, zwei auch drei Jahre. Nur ſogen. dienſttaugliche Kinder, das ſind ſolche, welche ländliche Arbeit machen können und damit ihr Brot durch Dienen erwerben wollen, nicht die, welche, ehe ſie zum Zwangdienſt aufgefordert wurden[164]), einen anderen Lebensberuf wählten, ſich verheurathet oder ſonſt abgeſonderten Haushalt angeſtellt, namentlich das elterliche Gut übernommen haben, oder bei ihren Eltern (ſelbſt Stiefeltern[165])) Geſindedienſt verrichten, ſind dazu verbunden; auch die nicht, welche nach dem Tode ihrer Eltern aus dem Jurisdictionsbezirke des Dienſtherrn weggezogen ſind oder, vor dem Einzuge ihrer Eltern in deren gegenwärtigen Wohnort, dem Dienſtherrn des vorigen Wohnortes die verfaſſungsmäßige Zeit hindurch zum Zwange gedient haben. Ob nun gleich alle dieſe Grundſätze eigentlich nur auf Landleute paſſen, ſo ſind doch zuweilen auch die Kinder der Einwohner der Mediatſtädte zwangpflichtig[166]), eben wegen des dort häufiger die Hauptnahrung ausmachenden Landbaues. Bei der Geſindeſchau, der Auswählung des Dienſtgeſindes (Zwanggeſinde, gassindi necessarii) unter den dienſtpflichtigen Kindern der Unterthanen, darf der Herr ſich nicht mit Geld oder durch andere Vortheile zur Freilaſſung der Einen oder Anderen abfinden laſſen und nicht

159) Hänſel a. a. O. S. 275 flg.

160) Hagemann a. a. O. §. 239.

161) Ueber alles dieß ſ. o. S. 391. Vgl. auch Hänſel a. a. O. S. 272.

162) Ueber dieſes Wort in ſeiner eigentlichen Bedeutung ſ. w. u.

163) Kind l. c. Tom. II. cap. 18. Berger l. c. lib. I. tit. II. th. 8. nr. 11. Emminghaus, vom Geſindezwangdienſte und deſſen Abſchaffung, beſonders im Großherzogthume Sachſen-Weimar. Jena 1826.

164) Berger l. c.

165) Ibid.

166) Stengel's nachſtehend Note 228 angez. Beiträge Bd. 15, S. 48.

mehr Geſinde als er eben braucht, namentlich kein Reſervegeſinde, d. i. Stellvertreter für den Fall der Behinderung des Einen oder Anderen während der Dienſtzeit, auswählen. Auch darf er das Geſinde nur zu ländlichen Arbeiten, nicht z. B. zur Aufwartung als Bedienter, oder zu Kutſcher- oder Kunſtgärtnerdienſten brauchen [167]). Der Dienſtzwang folgt nie aus der allgemeinen Frohnverbindlichkeit, und in der Regel hat der Herr weder das Recht, das Zwanggeſinde, das in anderem freiwilligen Dienſte iſt, daraus wegzunehmen (ius avocandi), noch ſolche, die überhaupt nicht dienen wollen, zum Zwangdienſte zu nöthigen. Die Verwilligung eines Erlaſſes von Seiten des Zwangherrn geſchieht häufiger durch einen förmlichen Erlaßbrief. Zu den Haushaltungsfrohnen rechnet man auch die Spinnfrohne (ſ. o. S. 392), d. i. die Verbindlichkeit, aus dem von der Herrſchaft dazu zu gebenden Flachs oder Wolle Geſpinnſt zu liefern [168]). Sie unterſcheidet ſich dadurch von anderen Frohnarbeiten, daß ſie allerdings eine Art von Kunſt vorausſetzt, die erſt erlernt werden muß, die übrigens durch ihre allgemeine Ueblichkeit den Charakter der Kunſt verloren hat. Die Spinnfrohne kann Stück- und Zeitfrohne (ſ. o. S. 386) ſein. Aehnlich der Spinnfrohne iſt die Mahlfrohne (verſchieden von Mühlenfrohne, ſ. w. u.), Mahl- und Schneidefrohne, inwiefern auch dieſe eine gewiſſe Kunſt vorausſetzt. Sie beſteht in dem Mahlen des herrſchaftlichen Getreides, auch Schneiden der herrſchaftlichen Bloche zu Bretern, umſonſt oder für geringe Vergütung — Beides Frohnen, die häufig den Müllern obliegen [169]). Doch die hauptſächlichſten Herrenfrohnen ſind die eigentlichen Wirthſchaftsfrohnen zur öconomiſchen Bewirthſchaftung des herrſchenden Gutes. Dahin gehören die ſämmtlichen unter den Hand- und Spanndienſten oben (S. 391 u. 393) in dieſer Beziehung aufgezählten Arbeiten [170]). Rückſichtlich der Erntefrohnen iſt noch im allgemeinen [171]) zu bemerken, daß da in der Regel die Nachmittagsfrohne auch erſt Vormittags angeſagt werden kann, und daß, wenn dieß nicht beſonders hergebracht iſt, die Heufröhner nicht zur Bearbeitung der Futterkräuter verwendet werden dürfen [172]). Da die Gärten offenbar zu den zu bewirthſchaftenden Gutsgrundſtücken mit gehören, ſo unterliegt es keinem Zweifel, daß die Fröhner auch in den Gärten zu den gewöhnlichen öconomiſchen Arbeiten mit zu verwenden ſind, — Gartenfrohne —, nicht zu den künſtlichen, daß ſie auch die gewöhnlichen landwirthſchaftlichen Geräthe dazu, z. B. Spaten, Hacken, Rechen mitbringen müſſen, nicht künſtlichere, z. B. Gartenmeſſer, Raupenſcheeren u. ſ. w. [173]), ſo wie, obgleich der Gutsherr die verſchiedenen Fröhner nach ihrer verſchiedenen Brauchbarkeit anzuſtellen berechtigt iſt, er

167) Kind l. c. cap. 19 u. 20.
168) Hänſel a. a. O. S. 269.
169) Ebendaſelbſt.
170) Vgl. auch Fiſcher a. a. O. §. 1276 und Curtius a. a. O. §. 292.
171) Bülow u. Hagemann a. a. O. Bd. 5, S. 210.
172) Hänſel a. a. O. S. 271, 272.
173) Scholz III., angeführte Zeitſchrift Bd. 1, Hft. 1, S. 78 flg.

doch von ihnen, wenn ſie auch zufällig in einer Kunſt erfahren ſind, nicht die Ausübung ihrer Kunſt bei ſeiner Frohne verlangen kann[174]. So, wie die Gärten, ſo gehören auch Forſt und Waldung zu den zu bewirthſchaftenden Gutsgrundſtücken, daher die Walddienſte, Forſtdienſte, Wald- oder Forſtfrohnen[175]. Sie ſind diejenigen Hand- und Spannfrohnen, welche zur Cultur und Benutzung der zum herrſchenden Gute gehörenden Waldungen durch Fuhren, Pflügen, Holzpflanzen, Beſamen, Grabenziehen, Rojolen, Holzſchlagen, Holzhacken, Reißbündelmachen[176] u. ſ. w. geleiſtet werden. Sie haben dieſelbe Entſtehung wie andere Herrenfrohnen, ſind kein Ausfluß der Forſthoheit[177] und können nicht willkürlich verändert oder erweitert werden, auch wenn der Forſtgrund durch natürliche oder künſtliche Beſamung erweitert würde[178]. — Die Erhaltung der vorhandenen Gutsgebäude und die Erbauung neuer, ſo weit es nöthig, ſind ein Haupttheil pfleglicher Gutsbewirthſchaftung, und ſo ſind häufig die dazu nöthigen Frohnen geſetzlich ausdrücklich angeordnet. Die Baufrohnen, Baudienſte[179], mißbräuchlich auf manchen Gütern Burgfeſten und Burgdienſte (ſ. o. S. 400) genannt[180], welcher Ausdruck auch zuweilen von dem äußeren Bauweſen gebraucht wird, im Gegenſatze von den inneren Baureparaturen[181], Baudienſten im ſtrengen Sinne, ſind diejenigen außerordentlichen[182] Frohnen, welche zu den nöthigen Bauen des Gutes, dem die Frohnpflichtigen unterworfen ſind, von ihnen geleiſtet werden müſſen[183]. Als außerordentliche Frohnen müſſen ſie, rückſichtlich ihrer Anwendung, beſchränkend erklärt[184], doch darf dieß nicht ſo übertrieben werden[185], daß die Erreichung ihres

---

174) Hagemann a. a. O. §. 235. Runde a. a. O. §. 492 gegen Scholz III. a. a. O.

175) Duyſing, neue Annalen der Geſetzgebung und Rechtspflege in den churf. heſſiſchen Ländern (Rinteln 1815—17), S. 81. Pfeiffer, neue Sammlung bemerkenswerther Entſcheidungen des O.-A.-Gerichtes zu Caſſel Bd. 4 (Hannover 1820), S. 159. Cannegiesser l. c. Tom. XVII. dec. 139. p. 19.

176) Hagemann a. a. O. §. 238 u. Hänſel a. a. O. S. 272.

177) Hagemann a. a. O.

178) Hagemann a. a. O. u. Mittermaier a. a. O. §. 193 a. E.

179) v. Kamptz, Jahrbücher für die preußiſche Geſetzgebung Bd. 1, S. 134. Bülow u. Hagemann a. a. O. Th. 1, S. 215. Die ältere Literatur ſ. bei Runde a. a. O. §. 496, Note a.

180) Hagemann a. a. O. §. 237. Glück a. a. O. §. 123, S. 168.

181) Fiſcher a. a. O. §. 1276.

182) Eichhorn a. a. O. §. 249. Maurenbrecher a. a. O. §. 340, S. 749. Mittermaier a. a. O. §. 194. Hagemann a. a. O. §. 237. Daher können ſie auch nur gefordert werden, wenn Geſetz oder Herkommen ſie vorſchreibt.

183) Glück a. a. O. S. 168. Das äußerliche Abputzen, ſei es bei alten oder bei neuen Gebäuden, wird immer zu den Arbeiten gerechnet, bei welchen die Frohnpflicht eintritt, nicht ſo das Ausweißen einzelner Behältniſſe des Hauſes.

184) Kind l. c. Tom. II. cap. 26.

185) Dahin iſt unſtreitig zu rechnen, wenn man nicht einmal die Beihilfe zum Gebäuderichten als eigentlichen Baudienſt anſehen will; Simon und v. Strampf a. a. O. Bd. 1 (Berlin 1828), Nr. 39, S. 151.

Zweckes dadurch vereitelt wird. Unſtreitig bezwecken die Baufrohnen in der Hauptſache die Erhaltung des status quo der Gutsgebäude und daher liegt in der Baufrohnpflicht die Verbindlichkeit zur Beihilfe bei Wiederherſtellung und Ausbeſſerung[186]) alter eigentlicher Gebäude, auf Rittergutes Grund und Boden[187]) — gleichviel, ob innerhalb oder außerhalb des Gutsgehöftes — alſo der herrſchaftlichen Wohn- und Landwirthſchafts-, nicht der Luxusgebäude (z. B. warmer Treib- und Orangeriehäuſer, Faſanerien u. ſ. w., im Felde und Holze errichteter Wildſtälle, Förſterwohnungen u. ſ. w.), nicht der Gewerb- und Fabrikgebäude (z. B. Ziegel- und Kalköfen, Schenken, Mühlen[188]), Torfſcheuern u. ſ. w.), nicht anderer, namentlich unbedachter Anlagen, z. B. Düngeſtätten, Teichen, Graben u. ſ. w., vorausgeſetzt, daß dieſe nicht Nebenſache eines Hauptbaues ſind. Daher können Hand- und Spannfrohnen zur Herſtellung von Zäunen, Planken, Brücken u. ſ. w. nicht gefordert werden. Da die Baufrohnen eigentlich nur in ſolchen Dienſten beſtehen, die unmittelbar zur Errichtung der Gebäude zu leiſten ſind, ſo iſt es ſtreitig, ob ſich die Baufröhner auch zum Niederreißen alter Gebäude und zum Wegfahren des Schuttes gebrauchen laſſen müſſen. Weil jedoch das neue Gebäude nicht ohne Wegräumung des alten gebaut werden kann, ſo ſcheint die Verwendung der Baufröhner auch dazu in der Natur der Sache zu liegen[189]). Dennoch nehmen die mehreſten angeführten Rechtslehrer das Grundgraben, Kellerausräumen und Wegfahren vorhandenen Schuttes von der Verbindlichkeit der Baufröhner aus, obgleich der eben angegebene Grund auch darauf paßt. Aber nur dieſer Grund iſt es, aus dem man allgemein die Verbindlichkeit der Fröhner zur Herbeiholung der zum wirklichen Bau erforderlichen Materialien an Holz, Sand, Waſſer, Kalk, Steinen, Ziegeln u. ſ. w. anerkennt; doch müſſen die Bauſtämme bewaldrechtet und abgewipfelt ſein[190]), es wäre denn, daß man zu gewiſſen Bauen die Stämme unbewaldrechtet brauchte[191]). Die Geräthſchaften der Handwerker, namentlich die Richtbäume u. ſ. w., haben die Fröhner nicht anzufahren. Auch darf der Bauherr nicht die Materialien weiter herholen laſſen, wenn ſie näher, namentlich auf dem

---

186) Leyser l. c. spec. 417. med. 5.

187) Klein, Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit in den preußiſchen Staaten Bd. 1 (1788), S. 173.

188) Zuweilen müſſen dazu auch, dem Herkommen nach, Baufrohnen geleiſtet werden. Dann ſind die Fröhner zur Herbeiholung des ſogen. umgehenden Mühlenzeuges nicht verbunden. Die Mühlenfrohnen, welche in der Regel in dieſen Baufrohnen zu den Gebäuden und Grundwerk, in Reinigen und Schlämmen des Mühlgrabens oder Mühlteiches u. ſ. w. beſtehen, liegen in der Regel nur bei Bannmühlen und nur den, dem Mühlzwange unterworfenen Frohnpflichtigen ob. Hagemann a. a. O. §. 241.

189) Außer den nachſtehend im allgemeinen über dieſe Materien angeführten Schriftſtellern ſ. Runde a. a. O. §. 496. Danz dazu a. a. O. S. 219. Dagegen Berger l. c. not. 4., auch der nachher genannte Curtius a. a. O. §. 297, der wohl nicht ſo zu erklären iſt, wie Hagemann a. a. O. §. 237, Note 9, thut.

190) Berger l. c.

191) Leyser l. c. Vol. X. spec. 665. med. 22.

Gute ſelbſt eben ſo gut und um nicht höheren Preis zu erlangen ſind[192]), ſo wie überhaupt die Entfernung zu Herbeiholung der Materialien in der Regel für Hin- und Zurückfuhre nicht mehr als Einen Tag fordern darf. Bei der, auf den unmittelbaren Gebrauch zum Bau der Gebäude beſchränkten Verbindlichkeit zur Materialienanfuhre ſind die Fröhner blos Bau-, nicht Pflaſterſteine (außer inwiefern dieſe zum Pflaſter der Wohn- und Wirthſchaftsgebäude, Vieh- und Düngeſtätte gebraucht werden); auch ſind ſie die Bloche, damit daraus Breter und Pfoſten geſchnitten werden, in die Mühle zu fahren[193]) nicht verbunden. Da der Röhrenbau nicht zu den bedachten und überhaupt nicht zu den Wohn- und Wirthſchaftsgebäuden gehört, ſo ſind ſie Röhrenfuhren, d. i. Herbeiholung der zu Röhren zu verwendenden, oder ſchon dazu hergerichteten Bäume, oder deren Fahren zum Röhrbohren, zu thun nicht verbunden. Wo aber dieß einmal hergebracht iſt, können ſie ſich nicht weigern, die, ſtatt der ſonſtigen hölzernen Röhren, eingeführten neueren Arten derſelben herbeizuholen, wenn dadurch die zeitherige Frohne nicht erſchwert wird. Bei allen Baufrohnen haben die Fröhner nur dasjenige Arbeitszeug mitzubringen, das ſie in ihrer eigenen Wirthſchaft gewöhnlich führen, nicht ungewöhnliches, z. B. Blochwagen, wo ihre gewöhnlichen Wagen nicht hinreichen[194]). Bei neuen Gebäuden, welche den vorigen abgetragenen ganz gleich ſind, iſt die Frohnverbindlichkeit unzweifelhaft, auch gibt die Veränderung des Platzes, auf welchem das neue Haus ſtehen ſoll, keinen Grund zur Frohnverweigerung; allein wenn es größer als das vorige werden ſoll, muß den Fröhnern eine verhältnißmäßige Erleichterung der Frohne zu Theil werden[195]), ob ſie gleich deßhalb der Frohne ſich nicht ganz entbrechen können[196]). Die Frage, ob die Fröhner die Baufrohnen zu Aufſetzung eines Gewitterableiters auf die Gebäude leiſten müſſen? wird, da dieß nicht ein Luxusgegenſtand, ſondern eine nützliche Schutzwehr für das Gebäude darunter iſt, bejaht[197]), ſo wie überhaupt dauerhaftere Herrichtung der Gebäude, maſſiver Bau ſtatt Holzbau, Ziegel- und Schieferdächer ſtatt Stroh- und Schindeldächer, keinen Grund zur Frohnverweigerung abgibt. Schließlich iſt noch zu bemerken, daß die Baufrohnen in der Regel nicht während der Ernte- und Saatzeit[198]), auch daß nur die gewöhnlichen Tagelöhnerarbeiten von den Handfröhnern gefordert werden können, nicht ſolche, wozu eine beſondere Befähigung gehört; doch iſt auch hier ſehr ſtreitig, zu welcher Claſſe das Eine oder das Andere zu rechnen ſei, z. B. Schobemachen und Decken, Kleiben u. ſ. w.[199]).

---

192) Leyser l. c. Vol. VI. spec. 417. med. 2.
193) Kind l. c. Tom. II. cap. 27.
194) Kind l. c. c. 13.
195) Pfeiffer a. a. O. Bd. 4, S. 153.
196) Gegen Hagemann a. a. O. §. 237, Note 10.
197) Kind l. c. c. 28. Hänſel a. a. O. S. 288.
198) Kind l. c. c. 29.
199) Ueber die ganze Lehre von den Baufrohnen und die ganze obige Darſtellung vgl. Curtius a. a. O. §. 295—298. Hagemann a. a. O. §. 237,

Im allgemeinen — Ausnahmen ſind im Vorſtehenden bei den einzelnen Frohnarbeiten angegeben — haben ſich rückſichtlich der Herrenfrohne durch Hofrecht und anerkanntes Herkommen folgende Grundſätze gebildet, welche auch in der Regel durch die Landesgeſetze, ſo weit dieſe disponiren, beſtätigt ſind[200]):

1) Alle Frohnen ſind nur nach den vorhandenen Geſetzen, Verträgen und, in deren Ermangelung, nach dem Herkommen zu leiſten, und alle dieſe Normen ſind ſtreng zu erklären[201]).

2) Die Frohnen werden nur auf vorgängiges Anſagen, Anheißen geleiſtet, welches an vielen Orten von einem beſonderen Frohnboten, oder einem dazu beſtimmten Fröhner, Jahnmeiſter, durch ausdrückliche, wörtliche Bekanntmachung des Befehles, oder durch gewiſſe dafür beſtimmte Worte oder Töne eines Inſtrumentes, z. B. Hornes, geſchieht und ſelbſt dann geſchehen muß, wenn die Frohnen zu den ordentlichen (ſ. o. S. 383) gehören[202]). Wichtig iſt dieß in Bezug auf Verjährung, auch auf die Frage über Nachforderung nicht geleiſteter Frohne. Das Anſagen muß gewöhnlich Tages vorher, bei Nachmittagsfrohnen hier und da am Vormittage deſſelben Tages längſtens geſchehen. Oft ſind dazu gewiſſe Stunden beſtimmt. Ob es früher erfolgen darf, iſt häufig ſtreitig; jeden Falles darf es nicht ſo früh geſchehen, daß die Fröhner in die Gefahr kommen, es zu vergeſſen.

3) Die Frohnen werden, auf des Fröhners Gefahr und Koſten, geleiſtet mit den eigenen, von den Fröhnern mitzubringenden Geſchirr und Werkzeugen, ſo weit es ſolche ſind, die der Fröhner ſelbſt gewöhnlich zur Landwirthſchaftsbetreibung braucht; ungewöhnliche muß der Frohnherr geben. Den in der Natur der Arbeiten liegenden Schaden an Werkzeug, Vieh, Schiff und Geſchirr trägt der Herr deſſelben; den ungewöhnlichen, durch Bosheit oder Schuld verurſachten, der Beſchädigende. So wie der Fröhner mit anderen, als mit ſeinen eigenen Werkzeugen, wenn dadurch die Frohne nicht erſchwert wird, ſolche zu leiſten verbunden iſt; ſo kann er auch, wenn ſie mindeſtens eben ſo gut und ſo ſchnell, als mit gewöhnlichen Werkzeugen von ihm verrichtet wird, nicht an deren Leiſtung mit ungewöhnlichen gehindert werden[203]).

4) Nur an Werktagen mit den jeden Ortes gewöhnlichen Ruheſtunden (ſ. o. S. 387) werden die Frohnen, und zwar von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang, in der Regel nicht während der Nacht (vgl. oben S.

S. 442 flg. Mittermaier a. a. O. §. 194. Hänſel a. a. O. S. 279 flg., 284 flg., 298.

200) Mittermaier a. a. O. §. 192. Eichhorn a. a. O. §. 251. Hagemann a. a. O. §. 235. Danz a. a. O. §. 492.

201) Leyser l. c. spec. 417. med. 1. Hagemann a. a. O. §. 235, S. 438.

202) Kind l. c. Tom. II. cap. 25. Curtius a. a. O. §. 302. Maurenbrecher a. a. O. §. 341, S. 750. Hänſel a. a. O. S. 244 flg.

203) Kind l. c. cap. 13. Fiſcher a. a. O. §. 1297. Runde a. a. O. §. 492. Curtius a. a. O. §. 303. Hänſel a. a. O. S. 247 flg. u. 263. Maurenbrecher a. a. O.

389, 390 und 396), verrichtet, mit Ausſchluß der nicht ôconomiſchen (z. B. Wachtfrohnen), bisweilen auch ôconomiſchen Dienſten, bei welchen Gefahr auf dem Verzuge ruht. In die zur Arbeit beſtimmte Zeit wird diejenige mit eingerechnet, welche der Frohnpflichtige zu dem Wege von ſeiner Wohnung bis zur Arbeitsſtätte braucht[204]), wenn nicht durch Geſetz, Vertrag oder Herkommen ein beſtimmter Glockenſchlag feſtgeſetzt iſt, an welchem der Fröhner auf der Arbeitsſtätte erſcheinen muß. Auch in Saat- und Erntezeit[205]) können, außer den Saat- und Erntefrohnen, die anderen, beſonders Haushaltungsdienſte, mit Ausſchluß der Baufrohnen (ſ. o. S. 409), gefordert werden, wenn der Frohnpflichtige ſo viele Zeit übrig behält, um ſeine Grundſtücke zu beſtellen[206]).

5) Zum Nachdienen, d. h. zu ſpäterer Verrichtung derjenigen Frohnen, deren Verrichtung zu gehöriger Zeit wegen einer Hinderung nicht geſchehen konnte, iſt der Frohnpflichtige nicht verpflichtet, wenn er bei gemeſſenen Zeitfrohnen[207]) auf Anheißen erſchienen war, aber die Leiſtung durch einen Zufall, z. B. üble Witterung, Krankheit des Fröhners u. ſ. w. oder durch eine Handlung des Frohnherrn verhindert wurde. Außerdem muß er nachdienen[208]). Hier und da, nach einiger Rechtslehrer[209]) Meinung faſt überall, iſt herkömmlich oder geſetzlich, daß die bis zum Ablaufe des laufenden Jahres nicht geleiſteten Frohnen nicht nachgeleiſtet zu werden brauchen[210]).

6) Nur ſolche und zwar gefahrloſe Dienſte können gefordert werden, welche ſich von dem kunſtloſen Fleiße der Landleute erwarten laſſen (operae officiales)[211]), nicht die, welche eine gewiſſe Kunſtfertigkeit vorausſetzen (operae artificiales, ſ. o. S. 377, 398 u. 409). Sie auf ſolche beſchränken zu wollen, welche zum landwirthſchaftlichen Gebrauche nützlich ſind, auf ôconomiſche, würde der täglichen Erfahrung widerſtreiten[212]).

7) Bei Leiſtung der Frohne müſſen die Fröhner denjenigen Fleiß bethätigen, den ſie in ihrer eigenen Wirthſchaft anwenden und der nach

---

204) Gegen Leyser l. c. spec. 417. med. 4. Vgl. Bülow u. Hagemann a. a. O. Th. 5, S. 210.

205) Strube a. a. O. Bed. 250 (V, 94). Hagemann (außer der oben in Note 200 für dieſe ganze Materie angezogenen Stelle) §. 449.

206) Kind l. c. cap. 9, nr. IV. Pufendorf l. c. §. 2. Hänſel a. a. O. S. 243 flg.

207) Strube a. a. O. Bed. 248 (V, 78).

208) Gegen Mittermaier a. a. O. §. 192.

209) Kind l. c. cap. 16. i. f.

210) Ueber dieſe ſehr ſtrittige Materie ſ., außer den oben Note 200 im allgemeinen angeführten Schriftſtellern, beſonders Hänſel a. a. O. S. 300, hiernächſt Curtius a. a. O. §. 302. Maurenbrecher a. a. O. §. 751.

211) Danz a. a. O. §. 492, S. 207. Hagemann a. a. O. §. 235, S. 437. Maurenbrecher a. a. O. §. 340, Note 6.

212) Außer den oben Note 200 angeführten vgl. beſonders Mittermaier a. a. O. §. 191. Maurenbrecher a. a. O. §. 340, S. 747 Hänſel a. a. O. S. 265 flg.

landwirthſchaftlichem Ermeſſen bei ſolchen Arbeiten jederzeit angewendet werden muß[213]).

8) Ob ihnen daher gleich geſtattet iſt, die Arbeit durch Stellvertreter machen zu laſſen, und ſie nicht ſchlechthin verbunden ſind, dieſelbe in eigener Perſon zu verrichten, ſo müſſen jene doch taugliche Stellvertreter ſein, namentlich dürfen zu Männerarbeiten nicht Frauen und zu Frauendienſten nicht ſolche Männer, die derſelben unkundig ſind, geſtellt werden (ſ. o. S. 392)[214]).

9) Der Frohnpflichtige iſt die Frohne nur dem herrſchenden Gute, nicht anderen Grundſtücken, die der Frohnherr zufällig noch beſitzt, nicht den Acceſſionen des Hauptgutes und auch nur, ſo weit nicht die Natur der Frohnen, z. B. Reiſefrohnen, ein Anderes erheiſcht, innerhalb der Grenzen des Gutes zu leiſten ſchuldig[215]). Dagegen darf

10) der Gutsherr die Frohnen nicht ohne das herrſchende Gut veräußern, auch nicht verpachten, weil dadurch der Frohndienſt ſich ändern würde, aber mit dem Gute kann er ſie verpachten. Dagegen iſt eine Veräußerung in der Maße, daß dadurch die Frohnverbindlichkeit ſelbſt aufhört, Ablöſung der Frohnen, nach den neueſten Landesgeſetzen faſt überall und außerdem, der Natur der Sache nach, ſo weit es die lehnsherrlichen, agnatiſchen und mitbelehnſchaftlichen Verhältniſſe geſtatten, erlaubt[216]).

11) Den Fröhnern, welche übrigens die Frohnen auf ihre Koſten und Gefahr zu leiſten haben (ſ. vorſteh. Nr. 3 S. 410), wird zwar darnach der gewöhnliche, durch die Frohne entſtehende Aufwand nicht erſetzt, wohl aber alle außerordentlichen Koſten, außer ihrer Zehrung und ihrem Futter, namentlich Zoll=, Wege=, Chauſſee=, Brücken=, Fähr=, Schlaf= und Stallgeld, Mauth, Gleite u. ſ. w.[217]). Der Frohnherr hat ihnen aber keine weitere Vergütung, namentlich auch keine Koſt zu verabreichen, wo ſolche nicht hergebracht worden. Wo aber dieß der Fall iſt, muß ſie — Lieferung — dem Herkommen gemäß geleiſtet werden. Sie beſteht dann manchmal in Geld, Brot (häufig Fröhnerſemmel genannt), Bier, Wein, Futter (wofür zuweilen ein jährliches Quantum Haber — Frohnhaber — verabreicht werden muß). In der Neumark beſteht ſie ſogar in vollſtändiger Verköſtigung, welche in Niederſachſen unter dem Namen Pröven vorkommt. Dieſe darf den Fröhnern nicht durch Theilung der Tage verkürzt, ſondern es muß die Mittagsmahlzeit für den halben Tag, binnen deſſen die Arbeit verrichtet wird, oder wenigſtens für zwei halbe Tage zuſammen verabreicht werden (ſ. o. S. 387). Zuweilen iſt es eingeführt,

---

213) Hänſel a. a. O. S. 246 flg.

214) Kind l. c. cap. 11. Runde a. a. O. §. 492. Bülow und Hagemann a. a. O. Th. 3, S. 322.

215) Pufendorf l. c. §. 7. Kind l. c. cap. 9. nr. II et III. Hänſel a. a. O. S. 249 u. 269.

216) Fiſcher a. a. O. §. 1307. Zachariae liber quaestionum. (Viteb. 1805.) qu. 20. p. 133. Hänſel a. a. O. S. 235 flg. Eichhorn a. a. O. §. 250.

217) Kind l. c. cap. 14. Hänſel a. a. O. S. 248.

daß die Fröhner im ganzen Jahre Ein Mal eine Recreation für die ganze Frohne zuſammen erhalten — Fröhnermahlzeit, wobei gewöhnlich die Gerichte genau beſtimmt ſind, Fröhnerbier, beſtehend in einer auf Ein Mal zu verabreichenden beſtimmten Quantität Bier, womit gewöhnlich ein Fröhnertanz verbunden iſt[218]).

12) Die Fröhner müſſen an der Erwerbung ihrer Subſiſtenzmittel nicht gänzlich gehindert werden, es muß ihnen, namentlich bei ungemeſſenen Frohnen, die dazu nöthige Zeit bleiben; weder ſie noch ihr Zugvieh dürfen ſo angeſtrengt werden, daß es ihnen ſchadet. Daher wenn mehrere Fröhner eine und dieſelbe Art von Frohnen zu verrichten haben und der Frohnherr ſie nicht ſämmtlich braucht, muß unter ihnen Reihe und Ordnung beobachtet werden[219]).

13) Der Herr iſt nicht befugt, irgend eine Verwandlung der Frohne einſeitig vorzunehmen, z. B. von den Fröhnern eine Vergütung in Geld für die Frohnen (inſonderheit nicht für die, welche ihm nichts nützen[220])) zu fordern — Dienſtgeld[221]). Eben ſo wenig können ihm die Fröhner ſolches, ſtatt Naturalleiſtung, aufdringen[222]), ſollte dieß auch für Beide noch ſo nützlich ſein[223]). Da wo das Dienſtgeld zum Theil eingeführt iſt, theilt man die Frohnen und Dienſte in wirkliche und verſilberte[224]). Es kann der Dienſtherr auch, wenn er in mehreren Dörfern einzelne Unterthanen hat, welche gewiſſe unbeſtimmte Dienſte leiſten müſſen, nicht von einigen derſelben, zum Nachtheile der übrigen, Dienſtgeld annehmen, weil ſie alle zuſammen in Anſehung der unbeſtimmten Dienſte eine Communität ausmachen[225]). Selbſt wenn ſchon ſeit langer Zeit, ſtatt der Naturaldienſte, ein Dienſtgeld entrichtet worden iſt[226]), können jene, weil früher alle Naturaldienſte in Natur geleiſtet

---

218) Pufendorf l. c. §. 15. Fiſcher a. a. O. §. 1298. Curtius a. a. O. §. 303. Hänſel a. a. O. S. 248 flg. Mittermaier a. a. O. §. 191 u. 192. Eichhorn a. a. O. §. 251 a. E. Maurenbrecher a. a. O. §. 341.

219) Kind l. c. cap. 23.

220) Kind l. c. cap. 18. Pfeiffer a. a. O. Bd. 1, S. 121.

221) Gebrüder Overbeck, Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien Bd. 3, S. 124. Eichhorn a. a. O. §. 250. Curtius a. a. O. §. 306. Fiſcher a. a. O. §. 1288. Schlüter und Wallis, juriſtiſche Zeitung Jahrg. 7, Hft. 2, S. 144. Glück a. a. O. S. 178. Schmalz, neue Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Bd. 2, Abh. 38, S. 298. Leyser l. c. spec. 419. med. 1. Hänſel a. a. O. S. 268.

222) Curtius und Glück a. a. O. Leyser l. c.

223) Wie früh ſchon im vorigen Jahrhunderte dieſer Vortheil erkannt worden iſt, zeigen: Weſtfeld, über die Abſtellung des Herrendienſtes. Lemgo 1773. Paulus und Wagner, vom Surrogat der Hand- und Spanndienſte. Caſſel 1775. Vgl. übrigens Weckherlin in der Note 2 angezogenen Schrift.

224) Fiſcher a. a. O. §. 1287.

225) Stengel in den nachſtehend Note 228 angez. Beiträgen Bd. 11, S. 302.

226) Wegen Osnabrück vgl. Wallis und Schlüter a. a. O. Jahrg. 7, Hft. 2, S. 136 u. 147.

wurden und die Vermuthung für eine wirkliche Veräußerung geringer als die für eine Verpachtung iſt, dennoch wieder ſtatt des Dienſtgeldes gefordert werden; es wäre denn, daß ein giltiger Vertrag, wodurch die Abſchaffung der Naturaldienſte, oder wenigſtens die alternative Verbindlichkeit, und daß die Wahl in die Hände der Dienſtpflichtigen gelegt worden ſei, oder extinctive qualificirte Verjährung durch Widerſpruch und Beruhigung während der Verjährungszeit, oder nach Einigen[227]) Immemorialverjährung nachgewieſen wäre[228]). Wird aber nachgewieſen, daß die den Fröhnern obliegende Verbindlichkeit alternativ auf Geld oder Naturalfrohnleiſtung gerichtet iſt, ſo wird, nach allgemeinen Rechtsprincipien, in der Regel angenommen, daß die Wahl den Frohnpflichtigen zuſtehe[229]). Daß ein beiderſeits bedungenes Dienſtgeld daſſelbe dingliche Recht am dienenden Gute wie die Frohnen habe, kann ohne beſtimmten Vertrag hierüber nicht behauptet werden[230]). Eben ſo wenig kann der Gutsherr willkürlich, ſelbſt nicht der Richter, eine Frohnart in eine andere verwandeln[231]). Schwerlich möchten die von einigen Rechtslehrern[232]) angenommenen Ausnahmen, wenn beide Frohnen einerlei Zweck und Gegenſtand haben, zu einer und derſelben Gattung von Dienſten gehören, dem Frohnpflichtigen aus der Verwandlung keine oder wenigſtens keine bedeutende Beſchwerde erwächſt, oder eine für den Augenblick eintretende Beſchwerde in der Zukunft ausgeglichen wird, ſich rechtlich durchführen laſſen.

14) Bei Colliſion der Herrenfrohnen mit landesherrlichen (vgl. S. 399) ſtehen erſtere in der Maße nach, daß die gemeſſenen Frohnen, deren Leiſtung durch Landesfrohnen gehindert wurde, noch in demſelben Jahre vom Gutsherrn nachgefordert werden können, wenn der Frohnpflichtige dadurch nicht außer Stand geſetzt wird, ſeine eigene Wirthſchaft zu beſorgen, und daß von der Herrenfrohne nur diejenigen Landesfröhner frei werden, welche wirklich die Landesfrohne an jenen Tagen verrichten, aber nicht die Anſpänner, welche von der Landesfolge ſo viel Zugvieh zu Hauſe behalten, um die Herrenfrohne damit verrichten zu können[233]).

---

227) Z. B. Hagemann a. a. O. §. 245 a. E. Leyser l. c. med. 5. Dagegen Strube a. a. O. Rüling, 118 Entſcheidungen des O.-A.-Gerichtes zu Celle, Nr. 19. Beide Letztere ſetzen aber voraus, daß die frühere Naturalpräſtation außer Zweifel ſei.

228) Glück a. a. O. S. 180. Pufendorf l. c. Tom. I. obs. 224. Tom. II. obs. 71. Strube a. a. O. Bed. 251 (IV, 17). Gebrüder Overbeck a. a. O. S. 119. Stengel, Beiträge zur Kenntniß der Juſtizverf. in den preuß. Staaten Bd. 14, S. 82. Hagemann a. a. O. S. 461 flg. Leyser l. c. med. 4. Eichhorn a. a. O. §. 250. Curtius a. a. O. §. 307.

229) Leyser l. c. med. 3. Hänſel a. a. O. S. 250, gegen Hommel, rhapsod. quaest. obs. 575. Curtius a. a. O. §. 306.

230) F. A. Weiske, quaestiones iuris civilis. (Zwickau 1831.) quaest. 5. p. 76.

231) Maurenbrecher a. a. O. §. 341, S. 752.

232) Curtius a. a. O. §. 302. Hagemann a. a. O. §. 243. Hänſel a. a. O. S. 268.

233) Kind l. c. cap. 16. Hänſel a. a. O. S. 251 flg. Eichhorn a. a. O. S. 46.

Uebrigens dürften, wegen des vorwaltenden öffentlichen Intereſſes, die Parochialfrohnen (ſ. S. 403) und die Gerichtsfrohnen, ſelbſt, wenn Gefahr auf dem Verzuge ruht, die Gemeindefrohnen im allgemeinen den Herrenfrohnen vorgehen[234]).

15) Gegen Widerſetzlichkeit der Fröhner ſtand dem Frohnherrn der Dienſtzwang (ius coercendi)[234a]) ſonſt ziemlich allgemein zu und erſtreckte ſich, namentlich bei den Leibeigenen, bis auf Gefängniß und körperliche Züchtigung[235]). Späterhin wurden Letztere und Geldſtrafen ausgeſchloſſen, und der Dienſtzwang war auf Anſchließen an den Dienſtpfahl, Gefängniß und Auspfändung beſchränkt[236]). Bei der, dem jetzigen Standpunkte der Rechtspflege angemeſſenen möglichſten Beſchränkung der Selbſthilfe und bei der beinahe überall erfolgten Aufhebung der Hörigkeit findet auch dieſes Recht gemeinrechtlich nicht mehr ſtatt[237]). Da, wo es, in Folge beſonderer Titel[238]), noch eintritt, iſt es auf diejenigen Mittel beſchränkt, die der Familienvater etwa in ſeinem Hauſe anwenden darf, iſt blos gegen die Perſon zu richten und muß ſich aller der Mittel enthalten, die rein den Gerichten zukommen[239]). Höchſtens wird Pfändung zugelaſſen[240]).

Der Dienſtherr hat vielmehr gegen Verweigerung gehöriger Frohnleiſtung gerichtliche Hilfe anzurufen, welche ſogar bei ſtreitigen Landesfrohnen in mehreren Fällen competent iſt[241]). Gemeinrechtlich iſt der gewöhnliche Richter des Frohnpflichtigen auch in Frohnſachen competent, doch haben die Landesgeſetze häufig, um ungleiche Juſtiz zu vermeiden, da, wo der Frohnherr auch Gerichtsherr iſt, dieſe Angelegenheiten den Patrimonialgerichten ganz oder zum Theil[242]) (z. B. rückſichtlich der zu ertheilenden Erkenntniſſe) entzogen[243]). In der Regel betreffen die Frohndifferenzen nicht das Frohnrecht ſelbſt, ſondern Nachläſſigkeiten oder Widerſetzlichkeiten der Fröhner beim Dienſte, verurſachte kleine Schäden

---

234) Hänſel a. a. O. S. 252.

234a) Hurlebuſch, Erörterungen aus dem Civil- und Criminalrechte (Braunſchweig 1815), Hft. 1, S. 385 (98).

235) Weſtphal a. a. O. Th. 1, Abh. 6, inſonderheit §. 1.

236) Fiſcher a. a. O. §. 1295. Selbſt den Dienſtpfahl geſteht Leyser, l. c. spec. 416. med. 7., nicht zu.

237) Mittermaier a. a. O. §. 192. Maurenbrecher a. a. O. §. 341, S. 751.

238) Strube a. a. O. Bed. 245 (II, 30).

239) Runde a. a. O. §. 503.

240) Danz a. a. O. §. 503. Hagemann a. a. O. §. 222 u. 235.

241) v. Hohnhorſt a. a. O. Jahrg. 3 (Mannheim 1826), S. 139.

242) Kritz, Sammlung von Rechtsfällen und Entſcheidungen (Leipzig 1833), Bd. 1, S. 230.

243) Ueber die bei den höchſten Behörden im Königreiche Sachſen beobachteten Grundſätze in Anſehung der über Frohndienſte zwiſchen den Herrſchaften und Unterthanen entſtandenen Differenzen ſ. die Abhandlung von v. Salza und Lichtenau in Martin, Jahrbücher der Geſetzgebung und Rechtspflege in Sachſen Jahrg. 2, Hft. 1, S. 63 flg. Auch dieſe Grundſätze haben übrigens die in der Natur der Sache liegenden Modificationen durch die neuere Behördenveränderung erlitten.

u. ſ. w. Dieſe werden dann in der Regel im Denunciations= oder unbeſtimmten ſummariſchen Civilprozeſſe, je nachdem ſich die Sache geſtaltet, abgemacht. Wird aber das Frohnrecht ſelbſt in Zweifel gezogen, dann geht die Sache in den feierlichen Prozeß über, oder iſt gleich vom Anfange an darin einzuleiten. Die Klage iſt vor allen Dingen gehörig zu begründen[244]). Sie iſt entweder petitoriſch, oder poſſeſſoriſch. Im erſten Falle werden die bei Servituten gebräuchlichen confeſſoriſchen und negatoriſchen Klagen utiliter angewendet, weniger die letzteren, weil der Frohnpflichtige es in der Regel abwarten kann, bis der Frohnherr gegen ihn klagt. Oefter könnte jener noch dieſen zur Klage provociren. Auch in dem Falle, wenn blos aus Saumſeligkeit, ohne Beſtreitung des Frohnrechtes ſelbſt, die Frohne nicht oder nicht richtig geleiſtet wird, kann der Frohnherr ſofort ſich der Confeſſorienklage bedienen und hat dann den Vortheil, bei wieder vorkommenden ähnlichen Fällen ſofort ex iudicato executiv klagen zu können. Gegen erſtgedachte Klage findet auch in dieſem Falle die exceptio plus petitionis, weil der Beklagte das Frohnrecht ſelbſt nicht beſtreite, nicht ſtatt, da dieſe bloße Erklärung, wenn ihr die nicht gehörig bewirkte Frohnleiſtung factiſch widerſpricht, nicht gegen die Klage ſchützen kann[245]). Hauptſächlich kommt es in dieſem Prozeſſe auf den Beweis an, der über Gewohnheit, Verjährung (wobei praescriptio definita auslangt[246]), vgl. o. S. 414), als die üblichſten Gründe der Frohnen, zuweilen auch über einen die Frohne begründenden Vertrag[247]), von dem Frohnherrn[248]) geführt werden muß, wodurch dann die Frohne ſelbſt und deren Qualität erwieſen wird. Denn ohne auf die häufig dafür angeführte[249]) Vermuthung der natürlichen Freiheit, der Freiheit der Perſonen im Einzelnen und im Ganzen, zurückzugehen, gegen welche Vermuthung kein, dem bäuerlichen Weſen in Teutſchland eigenthümlicher hiſtoriſcher Grund vorhanden iſt[250]), liegt der Grund für die Beweispflicht des Frohnherrn ſchon darin, daß die angebliche Frohnpflichtigkeit eine Thatſache iſt, die alſo von dem bewieſen werden muß, der ſie behauptet. Die öfter aufgeſtellten Präſumtionen für oder gegen die Frohnpflichtigen ſind die Folge irriger hiſtoriſcher Vorausſetzungen[251]). Eben deßhalb erledigt ſich großentheils (vgl. übrigens o. S. 404) der Streit, ob die Präſumtion für den Gerichts=

---

244) Was zur Begründung einer Klage auf Schutz von Frohnden geſetzlich erfordert wird? in v. Hohnhorſt a. a. O. Jahrg. 4, S. 85.

245) Alles dieß ſ. bei Puchta, über die gerichtlichen Klagen beſonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer (Gießen 1833), §. 116.

246) Eichhorn a. a. O. §. 250, S. 642.

247) Eichhorn a. a. O. §. 250.

248) Ebendaſ. S. 644. Mittermaier a. a. O. §. 191.

249) Vgl. Hauſchild in der oben Note 2 angezogenen Schrift.

250) Maurenbrecher a. a. O. §. 341, S. 752.

251) Mittermaier a. a. O. gegen Leyser l. c. spec. 416. med. 1. u. 5.

oder Gutsherrn[252]), für gemeſſene oder ungemeſſene Frohnen[253]) ſtreite, von ſelbſt, da nur der, welcher die Frohnberechtigung erweiſt, und ſo, wie er ſie erweiſt, ſolche in Anſpruch zu nehmen befugt iſt. Handelt es ſich aber um eine Ausnahme von einer einmal anerkannten Dienſtpflicht, ſo muß der Frohnpflichtige dieſe Ausnahme ebenfalls wegen ihrer factiſchen Eigenſchaft erweiſen[254]). Ihm liegt auch der Beweis des Aufhörens der Frohnpflichtigkeit ob, welches ſowohl durch ausdrückliche Remiſſion, als durch qualificirte Verjährung, usucapio libertatis, geſchehen kann[255]). Die Hauptbeweismittel ſind die Dienſtverträge zwiſchen dem Frohnherrn und den Dienſtpflichtigen, die Hof- und Annehmungsbriefe, Bauerbriefe, Kauf- und Lehenſcheine der Unterthanen, worin häufig die Laſten der Unterthanen aufgeführt ſind, die Hofrechte, Lagerbücher, Erb-, Frohn-, Dienſtregiſter[256]) oder Dienſturbarien, Dienſtreceſſe, worin ſowohl die Leiſtungen der Frohnpflichtigen eines Gutes, als die dagegen hergebrachten Lieferungen, auf gemeinſchaftliches Eingeſtändniß der Dienſtherren und Dienſtleute, unter öffentlicher Unterſchrift und Siegel (häufig von Notar und Zeugen) niedergeſchrieben ſind. Dieſe haben daher auch mehr Glauben, als die blos einſeitig gefertigten Frohnbücher, Heiſchbücher, Heberegiſter. Entſcheidungsquellen aber ſind Dienſtordnungen, Eigenthumsordnungen, Landtagsreceſſe, förmliche Geſetze, Herkommen, und bei ungemeſſenen Frohnen das Bedürfniß des herrſchenden Gutes zur Zeit der Frohnbegründung, ſo wie die jetzige Beſchaffenheit des dienenden Gutes[257]).

Fällt die Entſcheidung gegen den Fröhner bei einer Frohnverweigerung aus, unterläßt er überhaupt die Leiſtung einer wirklich ſchuldigen Frohne; ſo wird er zum Nachdienen, auch, wenn Schade durch ſeinen Ungehorſam entſtanden iſt, zu deſſen Erſatz, und nach vielen Landesgeſetzen in eine Geldſtrafe condemnirt, die bei öfterer Halsſtarrigkeit erhöht wird[258]). Daß übrigens die geſetzlichen Ehehaften auch für einen Fröhner einen hinreichenden Entſchuldigungsgrund abgeben, weßhalb weder er noch ein Stellvertreter für ihn erſcheint, daß er jedoch die Ehehaften

---

252) Mittermaier a. a. O. §. 191 a. E. Doch gibt es particularrechtliche Abweichungen, z. B. im Fürſtenthume Calenberg, wo der Gerichtsherr gemeiniglich vorgeht. Strube a. a. O. Bed. 249 (I, 117), entgegengeſetzt rückſichtlich der Baufrohne im Königreiche Sachſen, Hänſel a. a. O. S. 288.

253) Eichhorn a. a. O. S. 645.

254) Bülow und Hagemann a. a. O. Th. 7, S. 208.

255) Fiſcher a. a. O. §. 1292. Leyser l. c. spec. 420. med. 2. Glück a. a. O. S. 172. Danz a. a. O. §. 502. Hänſel a. a. O. S. 255 flg., gegen Schlüter und Wallis a. a. O. Jahrg. 2, Hft. 1, S. 94 u. 109. Ueber die Extinctivverjährung der Frohnen nach ſächſiſchem Rechte ſ. bei Gottschalk, disceptationes forenses Tom. II. nr. 29. Kind l. c. Tom. II. cap. 8.

256) Ueber Dienſtregiſter und Lagerbücher ſ. bei Bülow und Hagemann a. a. O. Bd. 5, S. 193.

257) Fiſcher a. a. O. §. 1277. Danz a. a. O. §. 497. Glück a. a. O. §. 124, S. 171. Mittermaier a. a. O. §. 191 u. 194. Maurenbrecher a. a. O. §. 341, S. 751.

258) Fiſcher a. a. O. §. 1296. Strube a. a. O. Bed. 246 (V, 135).

erweiſen muß, verſteht ſich von ſelbſt[259]). Dagegen ſteht aber auch dem Fröhner, wenn ihn der Herr übernimmt, die ſogen. Unmöglichkeitsklage, namentlich bei ungemeſſenen Dienſten, zu, wodurch er nachzuweiſen ſucht, daß er bei den bisher geleiſteten Dienſten nicht beſtehen könne[260]), und es tritt dann die obrigkeitliche Ermäßigung (ſ. o. S. 385) ein. Gegen einen Frohnherrn, der mittelſt Dienſtzwanges und ſonſt ſeine Unterthanen übernimmt, kann, nicht nur auf ihre eigene Beſchwerde, ſondern auch nach Befinden auf Denunciation des Fiscals, mit Strafe verfahren werden. Daß dieß aber bis zur Entziehung der Frohne führen könne[261]), möchte zu bezweifeln ſein. Dagegen ſind in den neueſten Zeiten die mehrſten Frohnen in vielen teutſchen Landen durch Particulargeſetze[262]) für ablösbar erklärt, es iſt ſogar deren Ablöſung auf einſeitiges Verlangen des Dienſtherrn oder Dienſtmannes geſetzlich zur Pflicht gemacht und ſo auf Aufhebung dieſes, den jetzigen ſtaatswirthſchaftlichen Grundſätzen, der jetzigen Cultur im allgemeinen und dem jetzigen Zeitgeiſte ganz widerſprechenden Inſtitutes dergeſtalt hingearbeitet worden, daß, da unſtreitig die Staaten jenem Beiſpiele bald folgen werden, wo dieß noch nicht geſchehen iſt, in wenigen Jahrzehenten das Frohnweſen zu den Antiquitäten gehören dürfte. Buddeus.

Früchte, fructus, ſind im eigentlichen Sinne die natürlichen Erzeugniſſe einer anderen Sache, wie die Wolle, Milch oder die Jungen der Thiere, oder die aus dem Boden gewonnenen Producte[1]). Dieſe Früchte werden Naturalfrüchte genannt, weil ſie nach Naturgeſetzen aus einer anderen Sache entſtehen[2]). In einem weiteren Sinne werden auch die Einkünfte, welche für den von einem Anderen bezogenen Gebrauch oder Genuß einer Sache entrichtet werden müſſen, unter der Benennung Civilfrüchte zu den Früchten gerechnet, weil auf ſie im weſentlichen dieſelben Grundſätze als auf die Naturalfrüchte in Anwendung kommen[3]). Dagegen kann das, was weder den phyſiſchen noch den juriſtiſchen Grund ſeiner Exiſtenz in einer anderen Sache hat, ſondern aus einem anderen Grunde blos äußerlich zu derſelben hinzugetreten iſt, nicht zu den Früch-

259) Curtius a. a. O. §. 303, Nr. 3. Hänſel a. a. O. S. 250. Hagemann a. a. O. §. 245.

260) Simon und Strampf a. a. O. Bd. 1, S. 55. Leyser l. c. spec. 418. med. 4.

261) Fiſcher a. a. O. §. 1304.

262) Die Literatur hierüber ſ. bei Eichhorn a. a. O. §. 250, Note g.

1) L. 77. D. de V. S. (L. 16.) In Folge ſingulärer Beſtimmung wurde jedoch im römiſchen Rechte der partus ancillae nicht zu den Früchten gerechnet. L. 28. §. 1. D. de usur. et fruct. (22. 1.)

2) Die Naturalfrüchte pflegt man wieder zu unterſcheiden in Naturalfrüchte im engeren Sinne und in Induſtrialfrüchte, je nachdem zu ihrer Erzeugung die Anwendung von Fleiß und Mühe erforderlich iſt oder nicht. L. 45. D. de usuris et fructibus. (22. 1.) L. 48. pr. D. de acquir. rer. domin. (41. 1.)

3) L. 34. D. de usur. et fruct. (22. 1.) verglichen mit L. 121. D. de V. S. (L. 16.)

ten gerechnet werden[4]). Auch iſt von den Früchten einer Sache der etwaige andere Gebrauch zu unterſcheiden, der von derſelben gemacht werden kann[5]). Wer das Recht habe, die Früchte einer Sache zu beziehen und Eigenthum an denſelben zu erwerben, das muß zunächſt davon abhängen, in weſſen Eigenthume ſich die erzeugende Hauptſache befindet. Denn die Früchte, als Erzeugniß der Hauptſache, gehören der Natur der Sache nach zu derſelben, ſo daß das Eigenthum der Hauptſache auch das Eigenthum der Früchte nothwendig in ſich begreift. Daher gehören die Früchte einer Sache dem Eigenthümer derſelben, ſo wie ſie nur exiſtent geworden ſind, ipso iure, ohne daß es zu ihrem Erwerbe weiterer Acquiſitionshandlungen bedürfte[6]). Für einen Anderen, als den Eigenthümer der Hauptſache, kann das Recht, Eigenthum an den Früchten derſelben zu erwerben, nur dadurch entſtehen, daß entweder gar kein Eigenthümer da iſt, welcher vor ihm das Recht des Fruchterwerbes haben könnte, oder daß er das Recht dazu von dem Eigenthümer herleitete. Das Erſtere iſt der Fall bei dem bonae fidei possessor und bei dem emphyteuta. Denn der bonae fidei possessor der Hauptſache kann zwar an den Früchten derſelben, ſo lange ſie von dieſer ſelbſt noch nicht getrennt ſind[7]), und alſo einen unmittelbaren Beſtandtheil derſelben ausmachen, kein anderes Recht haben, als er an der Hauptſache ſelbſt hat, ſo daß er alſo, da dieſe ſich nicht in ſeinem Eigenthume befindet, auch kein Eigenthum an den ungetrennten Früchten haben kann; allein jeden Falles iſt er der muthmaßliche Eigenthümer der Sache, ſo daß kein anderer als er berechtigt ſein kann, die Früchte derſelben zu beziehen. Der bonae fidei possessor erwirbt deßhalb Eigenthum an den Früchten, ſo wie dieſelben von der Hauptſache ſeparirt ſind[8]), ohne daß etwas darauf ankommt, ob er ſelbſt oder ein Anderer die Separation vorgenommen habe, oder ob dieſelbe von der Natur erfolgt ſei[9]). Einige Rechtsgelehrte ſind zwar der Meinung, daß der bonae fidei possessor die Früchte uſucapiren müſſe, um Eigenthum an denſelben zu erwerben[10]); allein es iſt in mehreren Stellen ganz unzweifelhaft ausgeſprochen, daß ſie ohne Weiteres durch die Separation zu ſeinem Eigenthume werden[11]). Dagegen iſt ſein

---

4) Z. B. der Schatz, der auf einem Grundſtücke gefunden wird, oder die Thiere, die auf demſelben gefangen werden. Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. 8, S. 256.

5) §. 4. J. de usu. (2. 5.)

6) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Th. 2, S. 250.

7) In dieſer Beziehung unterſcheidet man zwiſchen fructus separati und fructus pendentes, je nachdem ſie ſchon von der Hauptſache getrennt ſind oder noch mit derſelben zuſammenhängen. Vgl. Glück Bd. 8, S. 260.

8) L. 25. §. 1. i. f. L. 28. pr. D. de usur. et fruct. (22. 1.) L. 48. D. de acquir. rer. domin. (41. 1.)

9) Indeſſen hört das Recht auf den Fruchterwerb von dem Augenblicke an auf, da der Beſitzer von dem fremden Eigenthume Kenntniß erhält.

10) Savigny, das Recht des Beſitzes, 6. Auflage, S. 314 flg.

11) L. 25. D. de usuris et fruct. (22. 1.) L. 21. D. eod.: agnos et hoedos et vitulos statim pleno iure esse bonae fidei possessoris et fructuarii. L. 48. pr. D. de acquir. rer. dom. (41. 1.) L. 48. §. 6. D. de

Eigenthum inſofern ein widerrufliches oder interimiſtiſches, als ihm der wirkliche Eigenthümer der Hauptſache mit derſelben auch die noch vorhandenen Früchte, fructus exstantes, abvindiciren kann[12]). Nimmt man aber einmal an, daß der bonae fidei possessor nicht erſt der Uſucapion bedürfe, um Eigenthum an den Früchten zu erwerben, ſo muß man das Vindicationsrecht des wahren Eigenthümers ſich auf alle Früchte erſtrecken laſſen, die noch wirklich vorhanden ſind, auch auf diejenigen, welche der bonae fidei possessor die Uſucapionszeit hindurch beſeſſen hatte. Denn es iſt ein arger Widerſpruch, wenn einige Rechtslehrer zwar die Uſucapion zum Eigenthumserwerbe an den Früchten für unnöthig erklären und daneben behaupten, daß dem bonae fidei possessor diejenigen Früchte, die er uſucapirt habe, nicht abvindicirt werden können[13]). Denn er kann die Früchte gar nicht uſucapiren, wenn er der Uſucapion nicht bedarf, um Eigenthum an denſelben zu erwerben. Wie das Recht des bonae fidei possessor, ſo begreift auch das Recht des emphyteuta die Befugniß in ſich, Eigenthum an den Früchten der Hauptſache zu erwerben. Aber auch hier iſt ein Eigenthumserwerb nur an den ſeparirten Früchten denkbar, weil die noch ungetrennten Früchte einen unmittelbaren Beſtandtheil des Grundſtücks ſelbſt ausmachen, welches ſich nicht in ſeinem vollen Eigenthume befindet[14]). Dagegen kann auch bei dem Emphyteuta zum Fruchterwerbe nichts darauf ankommen, ob die Separation von ihm ſelbſt vorgenommen war oder auf andere Weiſe ſtattgefunden hatte. Wenn aber die Hauptſache einen Eigenthümer hat, ſo kann, da dieſem das Recht des Fruchterwerbes eigentlich zuſteht, ein Anderer das Recht dazu nur von ihm herleiten. Daraus folgt, daß in dieſem Falle zum Fruchterwerbe für den Anderen im weſentlichen daſſelbe erforderlich iſt, was dazu gehört, daß Jemand von dem Eigenthümer Eigenthum erwerbe. Daraus erklärt ſich die Beſtimmung des römiſchen Rechtes, daß der Uſufructuar und der Pachter nicht ſchon durch die bloße Separation der Früchte, ſondern erſt durch die Perception derſelben Eigenthum daran erwerben[15]). Denn die Perception der Früchte iſt nichts Anderes, als die von dem Uſufructuar oder Pachter entweder ſelbſt oder in ihrem Auftrage vorgenommene Separation derſelben[16]), und vertritt deßwegen die

---

furtis. (47. 2.): ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur.

12) L. 48. pr. D. de acquir. rer. dom. (41. 1.): bonae fidei emtor fructus etiam ex aliena re suos interim facit. L. 40. D. eod. L. 23. C. de rei vind. (3. 32.)

13) Wie z. B. Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. 8, S. 277, und Mackeldei, Lehrbuch des heutigen römiſchen Rechtes §. 266, behaupten.

14) L. 25. §. 1. D. de usur. et fruct. (22. 1.) Es verſteht ſich von ſelbſt, daß der Emphyteuta ſogleich volles und unwiderrufliches Eigenthum an den Früchten erwirbt, weil der dominus emphyteuseos, ſo lange das Verhältniß dauert, gar kein Recht hat, dieſelben zu erwerben.

15) §. 36. J. de rer. divisione. (2. 1.) L. 12. §. 5. D. de usufr. (7. 1.) L. 13. D. quib. mod. usufr. (7. 4.)

16) Vgl. Mühlenbruch, Lehrbuch Th. 2, §. 249.

Tradition von Seiten des Eigenthümers und die Apprehenſion von Seiten des Erwerbers. Wenn daher der Uſufructuar ſtirbt, ſo gehören die noch nicht percipirten Früchte, wenn ſie auch ſchon reif ſein ſollten, nicht ſeinen Erben, weil er noch kein Eigenthum daran erworben hatte, ſondern dem Eigenthümer der Hauptſache. Nur in Anſehung der Thierjungen und Eier erfordern die Geſetze zum Eigenthumserwerbe keine beſonderen Perceptionshandlungen, welche auch in der That nicht leicht dabei vorkommen werden[17]).

Die Früchte ſind Acceſſion der ſie erzeugenden Hauptſache. Deßwegen geht die Klage, mit welcher die Hauptſache gefordert werden kann, auch auf Reſtitution der von derſelben bezogenen oder zu beziehenden Früchte[18]). Die Verbindlichkeit, die percipirten Früchte zu reſtituiren, gründet ſich darauf, daß der Beklagte kein Recht haben kann, dieſelben zu behalten, wenn er kein Recht hatte, Eigenthum daran zu erwerben. Daher bezieht ſich jede Klage, durch welche auf Zurückgabe oder Uebergabe einer Sache geklagt wird, auch auf Reſtitution der von derſelben bezogenen Früchte[19]). Auch der bonae fidei possessor muß die percipirten Früchte reſtituiren, da das Eigenthum, welches er an denſelben erwerben kann, nur ein interimiſtiſches iſt[20]). Aber er braucht die percipirten Früchte nicht unbeſchränkt, ſondern blos inſoweit zu reſtituiren, als ſie zur Zeit des entſtandenen Prozeſſes noch in ſeinem Beſitze ſind[21]). Soweit er dieſelben dagegen bereits vor entſtandenem Prozeſſe conſumirt hatte, braucht er nicht dafür zu haften, ſelbſt nicht einmal, wenn er reicher dadurch geworden ſein ſollte[22]). Wenn er aber auf Herausgabe

---

17) Es folgt dieſes aus L. 28. pr. D. de usur. (22. 1.), wo der Fructuar in Anſehung des Eigenthumserwerbes an den Thierjungen dem bonae fidei possessor gleichgeſtellt wird, der das Eigenthum an den Früchten ſchon durch die bloße Separation erhält.

18) Man unterſcheidet zwiſchen fructus percepti und percipiendi, je nachdem ſie wirklich bezogen worden ſind oder hätten bezogen werden können. Fructus percipiendi können in zweifacher Beziehung gedacht werden: erſtens inſofern der Eigenthümer dieſelben hätte beziehen können, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden; zweitens inſofern der Beſitzer dieſelben hätte beziehen können, wenn er den Fleiß eines guten Hauswirthes angewendet hätte. Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten Bd. 8, S. 262.

19) Mühlenbruch, Lehrbuch Th. 2, §. 372.

20) S. oben Note 12.

21) Dieſe Früchte werden vorhandene Früchte genannt, fructus exstantes, im Gegenſatze der nicht mehr vorhandenen oder im Beſitze des Percipienten befindlichen. Dieſe letzteren theilt man wieder ein in fructus deperditi, wenn ſie durch einen Zufall verloren gegangen ſind, und in fructus consumti, wenn ſie verbraucht ſind entweder durch natürliche Aufzehrung, naturaliter consumti, oder durch Veräußerung, civiliter consumti. Vgl. Glück a. a. O. S. 263.

22) L. 4. §. 2. D. fin. regund. (10. 1.) §. 2. J. de officio iudic. (4. 17.) §. 35. J. de rer. divisione. (2. 1.) Die römiſchen Juriſten waren jedoch ſelbſt nicht ganz einig darüber, ob der bonae fidei possessor hinſichtlich ſämmtlicher fructus consumti von der Reſtitutionspflicht frei ſei, oder ob er nicht wenigſtens die fructus naturales zu reſtituiren habe, da für deren Gewinnung weder Mühe noch Geld von ihm aufgewendet worden ſei. Denn Pomponius unterſcheidet in L. 45. D. de usuris (22. 1.) zwiſchen Naturalfrüch-

einer Erbſchaft belangt wird, muß der bonae fidei possessor nach ausdrücklicher Beſtimmung der Geſetze für die conſumirten Früchte ſoweit haften, als er dadurch reicher geworden iſt[23]). Die Verbindlichkeit, nicht allein die wirklich bezogenen, ſondern auch diejenigen Früchte zu reſtituiren, welche von einer Sache hätten bezogen werden können, gründet ſich darauf, daß Jeder den vollen Schaden erſetzen muß, den er dem Berechtigten durch widerrechtliche Vorenthaltung der Sache zufügt. Daher hat eine mora von Seiten deſſen, der die Sache herausgeben muß, die Wirkung, daß er nicht allein die fructus percepti, ſondern auch die fructus percipiendi reſtituiren muß[24]). Dieſelbe Wirkung hat für den Beklagten die Litisconteſtation[25]), welche auch den bonae fidei possessor dem malae fidei possessor gleichſetzt und ihn deßwegen von dieſem Zeitpunkte an auch in Anſehung der von der Sache zu beziehenden Früchte verpflichtet. Denn der malae fidei possessor muß natürlich, da er zur vollen Entſchädigung verpflichtet iſt, ſämmtliche Früchte erſetzen, welche von dem Augenblicke an, da er ſich in Beſitz der Sache geſetzt hatte, von derſelben bezogen worden ſind oder hätten bezogen werden können[26]). Wenn es ſich übrigens um Reſtitution von Früchten handelt, ſo können von dem Beklagten immer die Koſten in Gegenrechnung gebracht werden, die er für die Gewinnung derſelben hatte aufwenden müſſen[27]). Das gilt jedoch bei der rei vindicatio nur in Anſehung derjenigen Koſten, die ſich auf ſolche Früchte beziehen, welche wirklich reſtituirt oder vergütet werden, indem dabei auch nicht einmal der bonae fidei possessor ſolche Koſten anrechnen kann, die auf verunglückte Früchte verwendet worden

---

ten und zwiſchen Induſtrialfrüchten, und auch in §. 31. J. cit. wird als Grund, warum er die conſumirten Früchte nicht zu reſtituiren brauche, die darauf verwendete Cultur angegeben. Indeſſen iſt es in anderen Stellen zu klar ausgeſprochen, daß er nur die fructus exstantes zu reſtituiren habe, als daß man in Anſehung der conſumirten Früchte einen ſolchen Unterſchied machen könnte. S. auch noch L. 22. C. de rei vindic. (3. 32.) Vgl. überhaupt darüber Glück Bd. 8, S. 288 flg.

23) L. 40. §. 1. D. de hered. petit. (5. 3.)

24) Denn der ſäumige Schuldner muß das geſammte Intereſſe, die omnis causa präſtiren. L. 114. D. de verb. oblig. (45. 1.) L. 19. D. de peric. et commodo rei vendit. (18. 6.) L. 68. D. de rei vindic. (6. 1.) L. 2. §. ult. D. de eo quod certo loco. (13. 4.)

25) L. 20. D. de rei vindic. (6. 1.) L. 31. pr. D. de reb. credit. (12. 1.) L. 2. L. 3. §. 1. L. 10. D. de usur. (22. 1.)

26) Indeſſen iſt der Umfang, in welchem der bonae fidei possessor von der Litisconteſtation an und der malae fidei possessor vom Momente des Beſitzes an für Reſtitution der fructus percipiendi haften, nicht der nämliche. Der bonae fidei possessor braucht blos diejenigen Früchte zu reſtituiren, welche er durch eigene Schuld vernachläſſigte, ohne Rückſicht darauf, ob der Eigenthümer im Stande geweſen wäre, dieſelben zu beziehen, während der malae fidei possessor auch diejenigen Früchte reſtituiren muß, welche der Eigenthümer hätte gewinnen können, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden. §. 2. J. de officio iudic. (4. 17.) L. 2. C. de fructibus. (7. 51.) L. 33. L. 62. §. 1. D. de usuris. (22. 1.)

27) L. 1. C. de fructibus: Hoc enim fructuum nomine continetur, quod iustis sumtibus deductis superest.

waren[28]). Bei der hereditatis petitio kann aber der Beklagte, wenn er ſich in bona fide befindet, auch die für diejenigen Früchte, aus welchen ohne ſein Verſchulden Nichts geworden war, aufgewendeten Koſten in Anrechnung bringen[29]). Luden.

Fuhrleute[1]), **Frachtfuhrleute** (aurigae[2]), plaustrarii) ſind diejenigen, welche die Verbindlichkeit übernehmen, gewiſſe Gegenſtände, gegen Bezahlung entweder in Bauſch und Bogen, oder nach dem Gewichte und nach der Entfernung des Ortes[3]), von einem Orte zu einem anderen ihnen beſtimmten, mit ihrem Geſchirre auf der Achſe[4]) fortzuſchaffen und abzuliefern[5]). Sie ſind theils öffentlich angeſtellt, wohin vorzüglich die Poſt-, Land- und öffentlich eingerichteten Miethkutſchen gehören, theils Privatfuhrleute[6]). Nur die Letzteren ſind in der Hauptſache Gegenſtand dieſes Artikels, während die erſteren nur, inwiefern für ſie nicht beſondere Rechtsgrundſätze gelten, analog nach den Grundſätzen über die letzteren zu beurtheilen ſind. Der Frachtfuhrmann geht in der Hauptſache einen Miethcontract (locatio conductio operarum) ein[7]). Danach iſt daher im weſentlichen ſein Verhältniß zu den übrigen concurrirenden Perſonen zu beurtheilen, jedoch mit denjenigen Modificationen, welche teutſchrechtlich durch die Beziehung zum Frachtgeſchäfte[8]) eintreten, und

---

28) L. 46. D. de usuris. (22. 1.) Vgl. Glück Bd. 8, S. 301.

29) L. 37. D. de heredit. petit. (5. 3.) Glück Bd. 7, S. 572.

1) Außer den nachſtehend auf einzelne Veranlaſſungen angeführten Schriften vgl. Rohr, Haushaltungsrecht §. 1585 flg. M. Pöhl's Darſtellung des gemeinen teutſchen Handelsrechtes Bd. 1, §. 68—70. Bender, Grundſätze des teutſchen Handlungsrechtes Bd. 1, §. 66—73. Ueber die frühere Literatur ſ. auch v. Zangen in der nachſtehend Note 33 angeführten Schrift S. 19—33.

2) Ueber die Etymologie dieſes Wortes ſ. Harprecht, disp. inaug. de iure aurigarum circa contractus etc. in eiusd. diss. academicarum Vol. I. nr. XII. §. 3.

3) Darüber, inwiefern ſich das ganze Verhältniß des Frachtfuhrmanns ändert, wenn er Sachen umſonſt fortzuſchaffen übernimmt, und daß daher nie dafür präſumirt werden kann, ſ. das Hauptwerk in dieſer ganzen Materie: Münter, das Frachtfahrerrecht (Hannover [1798—1801] 1810), Abſchn. 1, St. 4, §. 2, 4, 6, 7.

4) Schröter, vermiſchte juriſtiſche Abhandlungen Bd. 1 (Halle 1785), S. 279. Daß ihnen die Schiffer nicht in jeder Beziehung gleich geſtellt werden können, wie ſonſt häufig geſchah, darüber ſ. Mittermaier, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes, Ausgabe von 1838, §. 540, Note 2.

5) Hagemann, Handbuch des Landwirthſchaftsrechtes §. 66. Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachſen geltenden Civilrechtes Bd. 4, §. 1478.

6) Hagemann a. a. O.

7) Harprecht l. c. §. 26. Glück, Pandektencommentar Th. 6, §. 493, S. 133. Vgl. Mittermaier a. a. O. in der Ausg. von 1830, §. 486.

8) Rotteck und Welcker, Staatslexikon Bd. 5 u. d. W. Fracht, S. 701. Mehrere Fälle in Bezug auf das Frachtgeſchäft ſ. Rechtsfälle aus dem Gebiete des Handelsrechtes u. ſ. w., aus Asher's Monatsſchrift für Politik und Handel beſonders abgedruckt (Hamburg 1836), Th. 1, S. 37, 128, 184,

namentlich durch die große Eigenthümlichkeit, daß der zwiſchen dem Fuhrmanne und demjenigen, welcher ihm den Transport der Waaren verdingt, geſchloſſene Vertrag eine dritte, anſcheinend bei der Abſchließung deſſelben nicht concurrirende Perſon, den Empfänger der Waaren, verbindet[9]). Anſcheinend, denn der Empfänger concurrirt entweder durch einen ausdrücklichen Auftrag, den er dem Abſender zum Abſchluſſe des Frachtcontractes gegeben hat, oder durch einen ſtillſchweigenden, indem er die Waaren zugeſendet verlangt, worin offenbar der Auftrag zu Schließung des Vertrages liegt, oder durch einen vermutheten Vertrag, wenn er z. B. ſchon längere Zeit hindurch die von dem Abſender ihm durch Fracht zugeſendeten Waaren angenommen und die darüber abgeſchloſſenen Frachtverträge jedesmal genehmigt hat[10]), oder endlich durch nachfolgende entweder ausdrückliche, oder mittels Annahme der Ladung ſtillſchweigende Genehmigung des von dem Abſender geſchloſſenen Frachtvertrages[11]). Tritt aber nicht einer von allen dieſen Fällen ein, der Abſender ſchickt z. B. ganz unbeſtellte Waaren, ſo iſt auch der Empfänger durch den Frachtvertrag nicht gebunden[12]).

Die geſammten Verbindlichkeiten der Intereſſenten beruhen auf dem Frachtbriefe, als der eigentlichen Urkunde über den, zwiſchen dem Abſender und dem Fuhrmanne geſchloſſenen Vertrag[13]). Derſelbe, auch Frachtzettel[14]), Factur, Connoissement[15]) genannt, iſt eigentlich eine dem Fuhrmanne mit der Fracht mitgegebene[16]), offene, an den Waarenempfänger gerichtete Legitimation des Fuhrmannes über Quantität, äußere Qualität und Beſtimmung des Frachtgutes und über den Betrag des Frachtlohnes. Er enthält, außer anderen minder weſentlichen, vorzüglich aber auch den durch die Zollgeſetzgebung gebotenen Notizen[17]), den Namen des Fuhrmannes, den Ort der Beſtimmung, den Namen des Empfängers (oft blos auf der Adreſſe ausgedrückt), die Zeit der dereinſtigen Ablieferung, die Beſchreibung und Zahl der einzelnen Packete, Fäſſer, Colli u. ſ. w., beſonders nach ihren Zeichen[18]), den Betrag der bedungenen Fracht ſammt den dießfallſigen Münzſorten (wenn die Landesmünze verſchieden iſt) und der etwa gezahlten Abſchlagszahlung. Die Verpflichtungen des Fuhrmannes, rückſichtlich deren Erfüllung er für ſeine

---

dann über die Frage, was zum Begriffe der Frachtſachen gehört: Archiv für das Handelsrecht Bd. 2, Abh. V (vorzüglich für Hamburg intereſſant).

9) Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 5, §. 1.

10) Münter a. a. O.

11) Münter a. a. O. §. 4.

12) Alteri stipulari nemo potest, §. 19. J. de inutilib. stipulat. (3. 20.) Fr. 38. pr. et §. 2. π. de verbor. oblig. (45. 1.)

13) Mittermaier a. a. O. Ausg. v. 1838, §. 540 (486).

14) Schröter a. a. O. S. 303.

15) Glück a. a. O. Th. 21, §. 1140, S. 185.

16) Curtius a. a. O.

17) Rotteck und Welcker a. a. O. Schröter a. a. O. S. 303.

18) Beyerbach, vom Beweiſe der Frachtgüter. Frankfurt 1801.

Leute, namentlich ſeine Knechte zu haften hat[19]), beſtehen im allgemeinen darin, die Fracht — hier in der Bedeutung von: Frachtgütern[20]) — gehörig aufzunehmen, den Transport auf ſeine Koſten und mit ſeinem Geſchirre zu bewirken, während der Reiſe für die Frachtgüter Sorge zu tragen und ſie an den beſtimmten Ort und an die dort beſtimmte Perſon gehörig abzuliefern[21]). Dieſe Verbindlichkeiten pflegen im Frachtbriefe durch die Formel ausgedrückt zu werden, daß der Empfänger, „nach guter und richtiger Lieferung der Fracht" den bedungenen Lohn zu bezahlen habe. In der Handelsſprache verſteht man unter guter Lieferung: Ablieferung unbeſchädigter Fracht; unter richtiger[22]): Ablieferung zur beſtimmten Zeit[23]). Häufig wird in den Frachtbriefen noch ausdrücklich der Verluſt des Lohnes für den Fall der Verſpätung der übernommenen Lieferung angedroht[24]).

Der Fuhrmann ſteht in einem doppelten Verhältniſſe, nämlich zum Abſender der Waaren und zu deren Empfänger — das Verhältniß des Empfängers und Abſenders gegen einander gehört nicht hierher. Er hat nämlich gegen den Abſender das Recht[25]), und zwar, da der Frachtcontract weder durch den Tod des Abſenders, noch durch von deſſen Seite unerwartet erfolgte Niederlegung des Speditionsgeſchäftes aufgehoben wird, auch gegen deſſen Erben und Nachfolger, auf einen ſichern Aufladeplatz, auch häufig auf Verabreichung hinlänglich ſtarken Ladungszeuges an Winden, Windeſeilen, Hebebäumen, Wageleitern u. ſ. w., auf Entſchädigung, wenn wegen Mangelhaftigkeit dieſer Gegenſtände der Fuhrmann, ſein Geſchirr oder ſeine Leute, ſei es beim Aufpacken oder unterwegs, Schaden nehmen, wenn ihm abſichtlich oder culpos ſchwerere Fracht, als bedungen war, aufgegeben worden iſt und er dadurch Schaden gelitten hat; iſt dieß aber auch nicht geſchehen, in dieſer letzten Beziehung auf eine, nach dem Mehrgewichte zu normirende Erhöhung des Fuhrlohnes. Er hat, wenn er bemerkt, daß ihm verbotene Waare aufgeladen iſt, da kein Fuhrmann ſolche führen darf und ſich daher, wenn er doch dergleichen hat, von den Behörden an ihn gehalten zu werden pflegt[26]), das Recht, dieſelbe an einem ſicheren Orte niederzulegen und ſowohl mindeſtens das Frachtlohn bis dahin, ja nach der richtigeren Meinung das

---

19) Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 3, §. 5 u. 8. Mittermaier a. a. O. Nr. VIII.

20) Schröter a. a. O. S. 297.

21) Mittermaier, Curtius und Rotteck a. a. O.

22) Gebrüder Overbeck, Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien Bd. 8, S. 1.

23) Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 5, §. 5 u. 6.

24) Wagner, Zeitſchrift für öſterreichiſche Rechtsgelehrſamkeit Jahrg. 1834, Bd. 2, S. 237 (X, 2, 277).

25) Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 12, §. 3, 4, 5, 6, 9, 10.

26) Hagemann a. a. O. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der preuß. Rheinprovinzen Bd. 8, S. 219.

ganze Frachtlohn bis an den Ort der Beſtimmung der Fracht[27]), als, wenn der Fuhrmann deßhalb beſtraft oder aufgehalten werden ſollte und von der verbotenen Fracht nichts wußte, oder nicht ihm, ſondern dem Abſender die Nichtkenntniß des Verbotes zuzurechnen iſt, Entſchädigung vom Abſender zu fordern. Dieſen muß er übrigens, wenn ſich bei Bereitſchaft des Fuhrmannes zu guter und richtiger Ablieferung der Adreſſat der Annahme weigert und der Fuhrmann ſich an die Waare zu halten genöthigt iſt, ſofort davon benachrichtigen[28]). Ebenſo hat er gegen den Abſender die Verbindlichkeit, ſich zu rechter Zeit zu Aufnahme der Ladung einzufinden, und es kann ihn davon ſelbſt der Umſtand nicht befreien, daß er von der Fracht offenbaren Schaden habe, wohl aber eine ſich für die Reiſe zeigende gegründete Gefahr, oder ein ſolches Unglück, welches den Fuhrmann wenigſtens momentan außer Stand ſetzt, ſeiner Verpflichtung zu genügen[29]).

Gegen den Empfänger hat der Fuhrmann, nach Obigem, die Verbindlichkeit[30]), die Ladung unverſehrt zu rechter Zeit abzuliefern, ſie daher gehörig einzupacken, auf der Reiſe zu verwahren und Alles zu vermeiden, wodurch die Waaren Schaden leiden könnten[31]). Er haftet daher für den Verluſt der transportirten Ladung und für deren Beſchädigung, falls letztere nicht durch die Waaren ſelbſt entſtand, auch für den Schaden aus zu ſpäter Ablieferung, und iſt nur von dieſer Verbindlichkeit befreit, wenn der Schade durch ein Ereigniß herbeigeführt wurde, das der Fuhrmann bei Uebernahme der Fracht nicht vorherſehen und dann nicht vermeiden konnte (vis maior), alſo durch einen reinen Zufall[32]). Darnach läßt ſich die Frage entſcheiden, ob Diebſtahl[33]) auch als Zufall anzuſehen ſei, während im allgemeinen beim Raube dieß minder zweifelhaft iſt[34]), falls der Fuhrmann nicht durch das Fahren ungewöhnlicher Wege, oder ſonſt Veranlaſſung dazu gegeben, oder die nöthige Hülfe verſäumt hat. Dem Fuhrmanne ſtehen inſonderheit bei einem in einem Wirthshauſe erlittenen Diebſtahle die Beſtimmungen zu, welche die de

---

27) Fr. 19. §. 9. Fr. 38. pr. D. locati conducti. (19.2.) Lauterbach, colleg. theoret. practicum lib. XIX. tit. II. §. 108. Harprecht l. c. §. 14. nr. 58.

28) Rotteck und Welcker a. a. O.

29) Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 11, §. 1, 2, 3.

30) Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 7, §. 1. Mittermaier a. a. O.

31) Wie weit gedungene Fuhrleute für die ihnen anvertrauten Waaren haften ſ. Klein, Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit in den preußiſchen Staaten Th. 1, S. 76.

32) Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 10, auch St. 5, §. 7. Mittermaier a. a. O. Rotteck a. a. O. S. 702. Schröter a. a. O. S. 283. Harprecht l. c. §. 14 u. 28.

33) Münter a. a. O. St. 10, §. 5. v. Zangen, was für eine Klage wider einen Fuhrmann ſtattfinde, welchem die zum Transport bedungenen Sachen weggekommen? Gießen 1798.

34) Münter a. a. O. §. 6. Rotteck a. a. O. S. 702.

recepto handelnden Geſetze gewähren[35]). Dagegen kann er für den Schaden durch Naturereigniſſe, Hagelſchlag, Entzündung durch Blitz, Ueberſchwemmung u. ſ. w. natürlicherweiſe nicht haften[36]). Ihm liegt die Haftungsverbindlichkeit für allen durch ſeine und der Seinigen Schuld, Nachläſſigkeit und böſe Abſicht (dolus) an den Waaren ſelbſt oder mittelſt Verſpätung entſtandenen Schaden ob[37]), und zwar gewährt er, nach der Natur des Miethcontractes, in der Regel den mittlern Grad des Fleißes und bezüglich der Schuld (diligentia media, culpa levis)[38]). Nur dann muß er den höchſten Fleiß gewähren, wenn der Schade durch Handlungen geſchah oder nicht vermieden wurde, bei denen der Fuhrmann, als Sachverſtändiger, concurrirte, z. B. durch Ueberlaſſung ſeines Fuhrweſens an einen noch nicht bewährten Knecht[39]), durch Umwerfen, unrichtiges Packen u. ſ. w.[40]), wenn er Waaren wohlwiſſend übernahm, zu deren Erhaltung und Transportirung die höchſte Aufmerkſamkeit erforderlich iſt, z. B. koſtbare, zerbrechliche Waaren u. ſ. w.[41]), wenn er die ſtrengſte Aufmerkſamkeit zugeſagt, ſogar vielleicht für die größere Aufſicht die Verſprechung einer beſonderen Belohnung angenommen[42]), oder ſich dem Kaufmanne angeboten, gleichſam aufgedrungen hat (sese obtulit)[43]). Offenbar muß auch der Fuhrmann, welcher aus dem Frachtcontracte auf gute und richtige Ablieferung der Waare belangt, oder dem wegen Nichterfüllung dieſer Contractbedingung ein Abzug vom Frachtlohne gemacht wird, wenn er dagegen excipirt, daß er an der Contractserfüllung, trotz angewendeten gehörigen Fleißes, gehindert worden ſei, dieſen beweiſen[44]); es wäre denn, daß der Gegentheil eine beſondere Art der culpa zum Grunde ſeiner Anſprüche legte, die letzterer dann beweiſen müßte[45]). Uebrigens wird dem Empfänger, wenn er den Frachtlohn ohne Rüge zu Schulden gebrachter Verſpätung der Ablieferung auszahlt, dennoch, falls er erſt hinterher den ihm durch die Verſpätung entſtandenen Schaden und die Verſpätung entdeckt, noch eine Klage gegen den Fuhrmann zuſtehen, da, wenn auch die Entdeckung der Verzögerung aus dem Frachtbriefe in der Regel ſogleich erhellen muß, dennoch der Empfänger den ihm daraus erwachſenen Schaden vielleicht nicht ſogleich

---

35) Fr. 1. §. 5. D. nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant. (4. 9.) Münter a. a. O. Abſchn. 2, §. 11.

36) Münter a. a. O. §. 7. Harprecht l. c. §. 21. nr. 94.

37) Hagemann a. a. O. Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 5, §. 8.

38) Harprecht l. c. §. 21. nr. 88. u. §. 22. Strube, rechtliche Bedenken, Bed. 459 (I, 71). Schröter a. a. O. S. 282.

39) Harprecht l. c. §. 25. nr. 119 u. 120.

40) Fr. 25. §. 7. D. locati conducti. (19. 2.) Harprecht l. c. §. 21. nr. 95. Glück a. a. O. Th. 10, §. 700, S. 321.

41) Schröter a. a. O. S. 283.

42) Fr. 40. D. loc. cond. (19. 2.) Harprecht l. c. §. 24.

43) Fr. 1. §. 35. D. depositi v. c. (16. 3.) Fr. 53. §. 3. D. de furtis. (47. 2.)

44) Curtius a. a. O. gegen Harprecht l. c. §. 26. nr. 121., welcher Nr. 126 ein gegen ſeine Meinung ertheiltes Erkenntniß referirt.

45) Curtius a. a. O. Note b.

erkennt, und kein Geſetz ein ſolches Verſehen mit dem Verluſte des ganzen Klagrechtes bedroht[46]).

Um nicht an der Erfüllung ſeiner Verbindlichkeiten durch Ereigniſſe gehindert zu werden, deren Abwendung nicht in ſeiner Gewalt ſteht und die ihm doch darum zur Schuld gerechnet werden, weil er ſie veranlaßt hat, ſind von ihm vorzüglich folgende Handlungen zu vermeiden. Er darf nicht verbotene Wege, überhaupt auch keine Nebenwege, fahren, ſondern muß die offenen Wege und Straßen halten[47]), weil davon, bei Entdeckung des Vergehens, nicht nur Aufenthalt und daher Verſäumniß der Ablieferungszeit, ſondern ſogar Beſchlagnahme der Waaren, auf ſelbſt nicht verbotenen Nebenwegen größere Unſicherheit, die Folge ſein kann. Es liegt nämlich nicht immer klar vor, ob nicht der Abſender mit dem Fuhrmanne über das Befahren verbotener Wege, z. B. zur Defraudation des Zolles, um mit geringerer Fracht davon zu kommen, zur Abkürzung der Fahrt, weil der Abſender die Waaren zu ſpät abgeſendet hat, u. ſ. w., im Einverſtändniß iſt; und daß in einem ſolchen Falle mit Beſchlagnahme der Waaren verfahren werden kann, iſt unbezweifelt[48]). Aus gleichem Grunde darf der Fuhrmann Zoll, Mauth, Gleite, Chauſſeegeld u. ſ. w. nicht umfahren, muß dieſe Abgaben vielmehr pünktlich entrichten[49]). Er darf nicht das Poſtregal beeinträchtigen, z. B. durch Mitnehmen ſolcher Gegenſtände, Briefe u. ſ. w., deren Transport die Poſt als ausſchließendes Recht anſpricht, durch Unterlegen von Relaispferden und Formirung eines förmlichen Poſtcurſes u. ſ. w. Namentlich müſſen diejenigen Lohnfuhrleute, welche ſich hauptſächlich mit dem Perſonentransporte beſchäftigen, den zu Beförderung des Poſtregales landesgeſetzlich eingeführten Beſchränkungen ſich genau unterwerfen, z. B. durch Löſung eines ſogen. Poſtſcheines, d. i. eines für eine gewiſſe Abgabe zu erlangenden Erlaubnißſcheines zu Verrichtung einer Lohnfuhre, durch Nichtweiterbeförderung ſolcher Perſonen[51]), welche unmittelbar vorher mit der gewöhnlichen Poſt angekommen ſind, durch Ausweichung bei Begegnung mit Poſten u. ſ. w. Ueberhaupt muß der Fuhrmann, zu Verhütung ſchädlichen Aufenthaltes, die Regeln des Ausweichungsrechtes genau beobachten[52]). Auf Chauſſeen muß gewöhnlich jedes Fuhrwerk, mithin auch das Poſtfuhrwerk, ohne Unterſchied der Ladung und Beſpannung, auf, bezüglich durch das Horn oder durch Knallen mit der Peitſche, gegebenes Zeichen dem entgegenkommenden auf die Hälfte des Gleiſes zur rechten, dem hinter ihm kommenden auf die Hälfte des Gleiſes zur linken Hand ausweichen. Auf nicht chauſſirten

46) Gegen Münter a. a. O. St. 5, §. 9 und Mittermaier a. a. O.

47) Münter a. a. O. Abſchn. 3. Schröter a. a. O. S. 284. Hagemann a. a. O.

48) Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 2, §. 6.

49) Harprecht l. c. §. 35. Schröter a. a. O. S. 286.

50) Schröter a. a. O. S. 288 flg.

51) Ueber die Beſchränkung der natürlichen Freiheit in Anſehung des Gebrauches der Miethkutſchen auf Reiſen, in Hurlebuſch, Beiträge zur u. ſ. w. Jurisprudenz Hft. 2, S. 172.

52) Hagemann a. a. O. Münter a. a. O. Abſchn. 4, §. 2.

Straßen weicht in der Regel der leere Wagen dem beladenen, die Extrapoſt der ordinären Poſt, Beiden alles andere Geſchirr aus, gleich ſchweres Fuhrwerk läßt einander die halbe Spur, und der Fuhrmann, der in einem zum Ausweichen zu engen Hohlwege bergauf fährt, muß, wenn ein anderer bergein ihm entgegen kommt, zurückfahren[53]). Nur an wenigen Orten iſt ein Unterſchied zwiſchen dem in die Stadt und aus der Stadt kommenden Fuhrwerke[54]).

Noch unſtreitiger als bei dem durch culpa verurſachten Schaden muß der Fuhrmann für den durch ſeinen und der Seinigen dolus, namentlich durch Verbrechen[55]) veranlaßten haften. Eine vorzüglich ſtreitige Frage iſt die, ob die Entfremdung der dem Fuhrmanne übergebenen Effecten durch ihn ſelbſt, z. B. Entwendung der in den Kiſten befindlichen Sachen und Anfüllung derſelben mit werthloſen Gegenſtänden, Abzapfung des Weines und Anfüllung der Fäſſer mit Waſſer u. ſ. w., Diebſtahl oder Unterſchlagung ſei[56])? Es iſt jedoch dieſe Frage in abstracto nicht zu beantworten, ſondern es entſcheiden die einzelnen in concreto vorwaltenden Umſtände. Nur ſo viel möchte unbeſtreitbar ſein, daß eine ſolche Handlung wegen des darin liegenden Mißbrauches des öffentlichen Glaubens und wegen der für Handel und Wandel daraus entſpringenden Gefahr ſchon gemeinrechtlich ſtrafbar erſcheint, ſo wie dieß auch in mehreren Particulargeſetzen ausdrücklich vorgeſchrieben iſt[57]).

Sowohl unter den älteren als neueren Rechtslehrern iſt nun die Frage ſehr erörtert worden, mit welcher Klage der Fuhrmann wegen unterlaſſener oder verzögerter Erfüllung des Contractes, namentlich wegen nicht gehörig bewirkter Ablieferung der ihm anvertrauten und ihm weggekommenen Waare zu belangen ſei[58]). Bis auf die neueſten Zeiten waren viele Rechtslehrer der Meinung, daß, weil der Frachtfuhrmann in derſelben Lage ſei, wie der Schiffer, die römiſch-rechtliche actio de recepto ihre Anwendung auf ihn finde[59]). Die Mehrzahl der Schriftſteller über

53) In der Hauptſache ſtimmen damit die königl. preußiſchen und königl. ſächſiſchen Geſetze überein. Allgemeines Landrecht für die preußiſchen Staaten Th. 2, Bd. 2, Tit. 15, §. 25 flg. Richter, Repertorium der Geſetzgebung des Königreichs Sachſen Bd. 1, u. d. W. Ausweichen, u. k. ſächſ. Oberpoſtamtsverordn. vom 5. März 1835.

54) Ueber dieſen letzten Umſtand geben die vorſtehend zuletzt angezogenen Schriftſteller einander gerade entgegengeſetzte Regeln.

55) Harprecht, disp. de iure aurigarum circa delicta, in dissertat. academ. Vol. I. disp. 15.

56) Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 8, beſonders §. 12, 13, 14. Schröter a. a. O. S. 292 flg.

57) Hagemann a. a. O.

58) Heiſe und Cropp, juriſtiſche Abhandlungen Th. 2, S. 615.

59) Richter, decis. P. III. decis. 141. nr. 15 u. 16. Gebr. Overbeck a. a. O. B. 2, S. 215. Mackeldey, diss. quatenus actio de recepto contra aurigas et curatores mercium seu speditores competat, Helmstad. 1806 (auch in Barth, Sammlung auserleſener Diſſertationen Bd. 1, Nr. VIII, überſetzt) und derſelbe, im Lehrbuch des heutigen römiſchen Rechtes §. 440 (650). Funkhänel, über die Anwendbarkeit der prätoriſchen de recepto actio auf die Erſatzverbindlichkeit der heutigen Poſtanſtalten, Fuhr-

dieſen Gegenſtand findet jedoch die Lage des Schiffers, der in der Hauptſache ſeine Aufſicht in dieſen Beziehungen blos auf das Innere des Schiffes zu erſtrecken hat, aus welchem weder Sache noch Perſon ohne ſeine Zuſtimmung entkommen kann, ganz anders und zu einer weit größeren Zurechnung geeignet, als die des Landfuhrmannes, der ſein Geſchirr und ſeine Ladung auf den Landſtraßen und in den Gaſthöfen ſo vielen öffentlichen und geheimen Angriffen Preis geben muß[60]). Daher hat die Meinung die Oberhand gefunden, daß die actio de recepto auf den Landfuhrmann nicht anwendbar, vielmehr derſelbe durch die Klage aus dem Frachtcontracte und bezüglich in geeigneten Fällen durch die actio legis aquiliae zu ſeiner Schuldigkeit anzuhalten ſei.

Dem Fuhrmanne ſteht gegen den Empfänger das Recht zu[61]), einen ſichern Ausladungsplatz, das nöthige Hebezeug zur Entfrachtung und, bei guter und richtiger Lieferung, Bezahlung des Lohnes, Frachtlohnes, auch Fracht vorzugsweiſe[62]) genannt, zu fordern, in welcher letzten Hinſicht demſelben ein Retentions-[63]), nicht ein Pfandrecht[64]), an den Waaren zuſteht. Er braucht ſich wegen des Frachtlohnes nicht an den Befrachter verweiſen zu laſſen[65]). Es entſteht aber die Frage, ob der Fuhrmann, welchem bei Schließung des Frachtcontractes der Auftrag geſchehen war, die vom Spediteur ausgelegten Speſen beim Empfänger einzucaſſiren, zur eigenen Zahlung dieſer Speſen verpflichtet ſei, wenn er, ohne ſie erhalten zu haben, die Frachtwaare an den beſtimmten Empfänger abgeliefert hat[66])? Sie hängt unſtreitig von der Vorfrage ab, ob dem Fuhrmanne, der ſeine Waare ohne Empfang des Frachtlohnes dem Empfänger übergeben hat, ein Klagrecht gegen dieſen auf das Frachtlohn zuſtehe? eine Frage, die, für den Fall der Annahme der Fracht, nach den oben (S. 424) herausgeſetzten Grundſätzen nothwendig bejaht werden muß[67]), und dennoch oft verneint

---

leute u. ſ. w., Glauchau 1836 (vgl. darüber Gersdorf, Repertorium der Literatur Bd. 7, Nr. 8, S. 12). Kritz, das Pandektenrecht aus den Rechtsbüchern Juſtinians Th. 1, Bd. 2, S. 308 flg.

60) Schröter a. a. O. S. 283 flg. Strube a. a. O. Glück a. a. O. Th. 6, §. 493, S. 133. Hagemann a. a. O. Note **). Curtius a. a. O. Note b. Schweppe, das römiſche Privatrecht Bd. 3, §. 601. Mühlenbruch, doctrina pandectarum §. 458. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes §. 343 (339). Müller, über die de recepto actio. Leipzig 1835. (Vgl. Gersdorf, Repertorium der Literatur Bd. 4, Nr. 29, S. 26 flg.)

61) Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 5, §. 10, 11, 12.

62) Schröter a. a. O. S. 299.

63) Harprecht, de iur. aurig. c. contr. §. 32. Mittermaier a. a. O. Rotteck a. a. O. (Vgl. a. o. S. 426.)

64) Harprecht l. c. §. 31. Glück a. a. O. Th. 11, §. 743, S. 217, Th. 19, §. 1087b, S. 58.

65) Schlüter und Wallis, juriſtiſche Zeitung Jahrg. 8, H. 1, S. 66.

66) Götz, Entſcheidungen der juridiſchen Facultät zu Altorf. Nürnberg 1808, Abh. 5, S. 64.

67) Münter a. a. O. Abſchn. 1, St. 12, §. 8. Curtius a. a. O. Mittermaier a. a. O., beſonders Note 16.

wird [68]). Keinen Falls hat aber der Fuhrmann, wenn er die Speſen dem Spediteur reſtituirte und dann die Waare dem Empfänger ohne Zahlung auslieferte, ein Regreßrecht gegen den Spediteur [69]).

Eine ſtillſchweigende Societät wird übrigens unter den Frachtfahrern in mehreren Landen dann angenommen und ſie werden dann nach den Principien über Societätscontracte behandelt, wenn mehrere Frachtfahrer bei demſelben Abſender aufladen und ſich nur einen einzigen Frachtbrief geben, ſich ſämmtlich entweder namentlich, oder nur mit ihrer Ladung ohne Angabe der Namen aller, in demſelben aufführen laſſen [70]).

Buddeus.

Fund und Schatz. Im allgemeineren Sinne iſt Finden das Anſichnehmen von Sachen, welche ſich in Niemandes Beſitz oder Detention befinden [1]). Welche rechtliche Bedeutung und Wirkung dieſe Handlung habe, hängt zunächſt davon ab, ob anderen Perſonen Rechte an der gefundenen Sache zuſtehen. War dieſelbe eine verlorene Sache, an welcher das Eigenthum nicht aufgegeben war, ſo iſt es zwar an ſich nicht unrecht, dieſelbe an ſich zu nehmen; aber da das Eigenthum durch das bloße factiſche Verlieren der Sache nicht aufgehoben werden kann, ſo kann auch der Finder durch das bloße Anſichnehmen kein Eigenthum an derſelben erwerben. Daher hat er die Pflicht, von ſeinem Funde öffentliche Anzeige zu machen [2]), und er begeht, wenn auch keinen eigentlichen Diebſtahl, doch eine ſtrafbare Unterſchlagung, wenn er außerdem die gefundene Sache an ſich behält [3]). Bei anderen Sachen, welche ſich in

---

68) Noch neuerlich iſt ſie in einem, bis jetzt nur in Localblättern (vgl. Leipz. Tageblatt, 1842, Nr. 26, S. 189 und Nr. 44, S. 310) abgedruckten Erkenntniſſe des k. preuß. Oberlandesgerichtes zu Paderborn verneint worden.

69) Mittermaier a. a. O.

70) Münter a. a. O. Abſchn. 1, Stück 3, §. 13.

1) Ueber den Begriff des Fundes vgl. vorzüglich Schenck, über Begriff und Weſen des Funddiebſtahles, im Archiv des Criminalrechtes, neue Folge, Bd. 1, S. 234 flg.

2) Im römiſchen Rechte läßt ſich kein unbedingtes Verbot nachweiſen, nach welchem man verpflichtet geweſen wäre, Anzeige zu machen, wenn man eine verlorene Sache gefunden; aber ſchon der Sachſenſpiegel, II, Art. 29 und 37, ſchreibt dem Finder öffentliche Anzeige vor und in vielen neueren Particularrechten findet ſich dieſe Vorſchrift wieder. Auch liegt dieſe Anzeigepflicht in der Natur der Sache, da das Anſichnehmen einer verlorenen Sache, ohne daß man von dem Funde Anzeige macht, in ſich ſelbſt den Beweis trägt, daß man die Abſicht gehabt habe, die Sache zu behalten. Ulpian erzählt in L. 44. §. 8. D. de furtis (47. 2.), daß es gewöhnlich ſei, daß der Finder einen ſchriftlichen Schein producire des Inhaltes, daß er die Sache gefunden habe und ihrem Herrn zurückgeben wolle. Da Ulpian dabei behauptet, ein ſolcher Schein liefere den Beweis für die redliche Abſicht des Finders, und da Urkunden doch nicht für Den beweiſen können, der ſie ſelbſt ausgeſtellt hat, ſo läßt ſich daraus wenigſtens der Schluß ziehen, daß der Finder, um ſich gegen die actio furti ſicher zu ſtellen, ſich von anderen Perſonen einen Schein über ſeine Bereitwilligkeit zur Zurückgabe ausſtellen laſſen mußte.

3) Nach römiſchem Rechte ein furtum, aber nach einheimiſchem Rechte nur eine Unterſchlagung. Vgl. darüber Wächter, im Rechtslexikon Bd. 3, S. 360 und 390.

Niemandes Eigenthum befinden, entſcheiden zunächſt die Grundſätze vom Bergregal, von der Forſtnutzung und den Rechten der Jagd und Fiſcherei, ob und inwieweit es erlaubt ſei, dieſelben an ſich zu nehmen und zu behalten[4]). Soweit aber derartige Rechte nicht entgegenſtehen, iſt das Anſichnehmen und Behalten herrenloſer Sachen, wenn es in der Abſicht geſchieht, Eigenthum daran zu erwerben, eine natürliche Erwerbungsart des Eigenthums, welche von den Römern Occupation, von den Neueren Finden genannt wird[5]). Hierin liegt der Begriff des Findens im engeren, techniſchen Sinne, nach welchem man unter Finden das Anſichnehmen und Behalten ſolcher in Niemandes Beſitz oder Detention befindlicher Sachen verſteht, in Anſehung deren Niemand ein Recht hat, welches durch die Occupation gekränkt würde. Eben darin liegt der Grund, aus welchem durch das Finden Eigenthum erworben wird, wenn der Finder die darauf bezügliche Abſicht hatte. Unter die herrenloſen Sachen gehört auch der Schatz im eigentlichen Sinne, nach welchem eine werthvolle Sache darunter verſtanden wird, die ſeit ſo langer Zeit vergraben oder in anderer Weiſe verborgen war, daß über den Herrn derſelben keine Kunde mehr vorhanden iſt[6]). Der Natur der Sache nach gehört ein ſolcher Schatz demjenigen, der ihn findet, weil es eben im Begriffe des Schatzes liegt, daß Niemand bekannt iſt, der von dem urſprünglichen Eigenthümer her ein Recht auf denſelben herleiten könnte. Aber auf der anderen Seite läßt ſich ein Schatz auch als Acceſſion des Bodens anſehen, in welchem er verborgen iſt, ſo daß nach den Rechtsgrundſätzen von der Acceſſion auch der Eigenthümer des Bodens denſelben in Anſpruch nehmen könnte[7]). Nach dieſen Geſichtspunkten ſtellt das römiſche Recht für die verſchiedenen möglichen Fälle der Schatzfindung folgende Grundſätze auf: 1) Wenn Jemand einen Schatz findet auf ſeinem eigenen Boden oder auf einem Grundſtücke, das ſich in Niemandes Eigenthum befindet, ſo gehört er ihm gänzlich, weil alsdann kein Anderer vorhanden iſt, der noch Anſpruch darauf machen könnte[8]). Eine Ausnahme tritt

---

4) Eichhorn, Einleitung in das teutſche Privatrecht §. 286.

5) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Th. 2, §. 247.

6) L. 31. §. 1. D. de adquir. rer. dominio. (41. 1.) Das Wort thesaurus kommt her von dem alten griechiſchen αὐρὸν, d. i. aurum und von τίϑημι. Vgl. Orloff, commentatio de thesauris (1818), p. 2. In einem weiteren Sinne wird thesaurus auch für vergrabene werthvolle Gegenſtände gebraucht, deren Eigenthümer bekannt iſt. L. 15. D. ad exhibendum. (10. 4.) L. 22. pr. D. famil. hercisc. (10. 2.)

7) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. §. 254.

8) Die drei entſcheidenden Stellen des römiſchen Rechtes, aus welchen ſämmtliche im Texte angegebene Beſtimmungen hervorgehen, ſind: §. 39. J. de rerum divisione. (2. 1.) L. 3. §. 10. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 4. C. de thesauris. (10. 15.) Zwiſchen §. 39. cit. und L. 3. §. 10. cit. findet der ſcheinbare Widerſpruch ſtatt, daß in der erſteren Stelle der in loco sacro aut religioso gefundene Schatz dem Finder ganz zugeſprochen wird, während in der zweiten Stelle die Hälfte deſſelben für den Fiscus in Anſpruch genommen wird. Aeltere Rechtsgelehrte haben ſich viele Mühe gegeben, dieſen Widerſpruch zu löſen. Vgl. darüber Ortloff l. c. p. 25 sq. Derſelbe findet jetzt ſeine

nur ein in dem Falle, da ſich der Finder zauberiſcher Künſte bedient haben ſollte, indem der Schatz alsdann dem Fiscus anheimfällt. 2) Wenn Jemand einen Schatz findet auf einem Grundſtücke, welches ihm nicht eigen gehört, ſo kommt es darauf an, ob er denſelben zufällig oder nach vorgängigem Suchen gefunden hatte. Im erſteren Falle gehört die eine Hälfte dem Finder, die andere dem Eigenthümer des Grundſtückes. Denn es trifft hier das Occupationsrecht des Finders und das Acceſſionsrecht des Eigenthümers zuſammen und dieſes Zuſammentreffen ſcheint in der That nicht beſſer als dadurch gelöſt werden zu können, daß der Schatz zwiſchen beiden getheilt wird. Dabei macht es keinen Unterſchied, ob der Boden, in welchem der Schatz gefunden wird, im Eigenthum einer Privatperſon, oder einer Gemeinde, oder des Regenten oder Staates ſich befindet, indem in jedem Falle die eine Hälfte demjenigen zuſteht, der das Eigenthum an dem Grundſtücke hat. Im anderen Falle dagegen, wenn der Finder nach dem Schatze geſucht hatte, iſt wiederum zu unterſcheiden, ob er es mit oder ohne Wiſſen und Willen des Grundeigenthümers gethan hatte. War es ohne Wiſſen und Willen deſſelben geſchehen, ſo fällt der ganze Schatz dem Grundeigenthümer zu, ohne Unterſchied, ob ſich der Finder unerlaubter Künſte bedient hatte oder nicht. Hatte dagegen der Eigenthümer ſeine Einwilligung zum Suchen gegeben, ſo muß zunächſt entſcheiden, was zwiſchen ihm und dem Finder über die Vertheilung des Schatzes verabredet war; in Ermangelung einer Verabredung aber muß der Schatz dem Eigenthümer zufallen, da im Zweifel nicht angenommen werden kann, daß derſelbe den Fund ganz oder zur Hälfte dem Finder habe überlaſſen wollen. Wenn aber der Finder mit Wiſſen des Eigenthümers zauberiſche Künſte gebraucht hatte, muß wegen Gleichheit des Grundes daſſelbe gelten, was für das Finden auf eigenem Boden vorgeſchrieben iſt, daß der Schatz dem Fiscus anheimfällt [9]). Dieſe Vorſchriften des römiſchen Rechtes ſind auch gegenwärtig die gemeinrechtlichen über die Findung von Schätzen [10]). Denn der Meinung früherer Rechtsgelehrten, daß alle herrenloſen Sachen Regalien ſeien und daher ausſchließlich von dem Landesherrn occupirt werden können, fehlt es an jeder rechtlichen Begründung. Zwar kann der Sachſenſpiegel nicht wohl anders ausgelegt werden, als daß die Schätze Regalien ſeien, allein dieſer Grundſatz iſt durch die entgegenſtehenden Principien des römiſchen Rechtes entſchieden verdrängt worden [11]). Jedes Falles bedarf es einer

---

Erledigung in Caius II. §. 7., woraus hervorgeht, daß die auf solus provincialis gelegenen loci religiosi nur uneigentlich religiosi ſeien, indem der solus provincialis nicht herrenlos ſei, ſondern im Eigenthume des Volkes oder des Kaiſers ſtehe. Daraus erklärt ſich, warum in der Pandektenſtelle die Hälfte des daſelbſt gefundenen Schatzes dem Fiscus zugeſprochen wird.

9) Vgl. auch Ortloff a. a. O. S. 75 u. 76.

10) In Anſehung der in loco sacro vel religioso gefundenen Schätze wird indeſſen für das heutige Recht eine Modification dadurch herbeigeführt, daß dieſe Oerter weder herrenlos ſind, noch auch dem Staate gehören, ſondern im Eigenthume der Kirchen oder Gemeinden ſich befinden.

11) Sachſenſpiegel Buch 1, Art. 35: Al ſchat under der erde begraven deper den ein pfluch ga, die hort to der koningliken gewalt. Silver ne mut ok

beſonderen geſetzlichen Begründung, wo Regalität des Schatzes in größerem oder geringerem Umfange in Anſpruch genommen wird [12]).

Luden.

Gabella emigrationis (Abzugs-, Abfahrtsgeld, Weglosung, Nachſteuer) iſt der Theil des Vermögens eines mit demſelben Wegziehenden, welchen er zurücklaſſen muß [1]). Die Wurzel der Geſchichte dieſer

---

neman breken up enes anderen mannes gude ane des willen, des de ſtat is; gift he's aver orlof, de vogedie is ſie dar over. Eichhorn a. a. O. §. 273, Mittermaier, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes §. 162, Ortloff, Grundzüge eines Syſtems des teutſchen Privatrechtes S. 306, und viele Andere verſtehen zwar den erſten Satz der angeführten Stelle nicht von dem thesaurus, ſondern von Erzen, ſo daß deren Regalität darin ausgeſprochen wäre; allein dieſe Auslegung wird widerlegt theils durch das entſprechende Cap. 222 des Schwabenſpiegels, wo ausdrücklich von demjenigen die Rede iſt, der Schätze unter die Erde begraben, theils durch den zweiten Satz des angeführten Art. 35, der gerade davon ausgeht, daß das Silber nicht zu den Regalien gehöre. Vgl. darüber C. A. Weiske, im Rechtslexikon Bd. 1, S. 937. Schon die Gloſſe zu dem angeführten Artikel bezieht freilich denſelben nicht auf Schätze, ſondern auf Erze, wie denn auch derſelbe durch die ſächſiſche const. 53. p. II. in dieſem Sinne authentiſch interpretirt worden iſt.

12) So fallen z. B. nach dem bayerſchen Landrechte Th. 2, Cap. 3, §. 4, wenigſtens zwei Drittheile und nach dem öſterreichiſchen Geſetzbuche §. 399 wenigſtens ein Drittheil von jedem gefundenen Schatze dem Fiscus zu. Aus der Anzeigepflicht, welche in mehreren Particularrechten, z. B. preußiſches Landrecht Th. 1, Tit. 9, §. 74, dem Finder auferlegt iſt, darf aber nicht auf Regalität des Schatzes geſchloſſen werden. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 162, Note 14.

1) Die ältere Literatur über Nachſteuer und Abſchoß finden wir bei Selchow, elementa iuris german. edit. VI. (Goett. 1779.) §. 103. not. 1. und bei Müller, promtuarium iuris novum. Tom. V. (Lipsiae 1786.) s. v. gabella detractus et emigrationis p. 9636—9652. Weiter: Walther, Syſtem der Abzugsgerechtigkeit. Bern 1775. Weſtphal, das teutſche und reichsſtändiſche Privatrecht Th. 1 (Leipzig 1783), vierte Abhandlung: Lehre vom Abzugsrechte, S. 35—64. Bodmann, inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachſteuerrechtes in Teutſchland. Mainz 1791. Derſelbe, pragmatiſche Geſchichte, Grund und inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachſteuerrechtes in Teutſchland überhaupt und im Erzſtifte Mainz insbeſondere. Mainz 1791. Derſelbe, äußeres oder nachbarliches Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachſteuerrechtes. Mainz 1795. Weidner, Verſuch einer ausführlichen Abhandlung vom Abzugsgelde ſowohl, wenn ſolches ſchlechthin, als wenn es blos erwiederungsweiſe erhoben wird. Leipzig 1791. Danz, Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechtes Bd. 3 (Stuttgart 1797), S. 140—194. Reitemeier, das allgemeine Abſchoßrecht in Teutſchland. Frankfurt a. d. O. 1800 (der Verfaſſer ſtellt den Zoll dem Abſchoß an die Seite, indem er [Vorrede] ſagt: Nebſt dem Zolle iſt der Abſchoß die älteſte, zugleich aber auch mit demſelben die drückendſte und verhaßteſte Abgabe in Teutſchland). Runde, Grundſätze des gemeinen teutſchen Privatrechtes, 6. Auflage (Göttingen 1821), §. 322—326, S. 300—305. Eichhorn, Einleitung in das teutſche Privatrecht, 3. Ausgabe (Göttingen 1829), §. 77, 78, S. 228—235. Staatslexikon, herausgegeben von Rotteck und Welcker, Bd. 1 (Alt. 1834), S. 58—66: Abfahrt u. ſ. w. (v. Welcker.) v. Löw, germaniſtiſche Rechtsfälle und Abhandlungen (Heidelberg 1836), S. 68 flg. Mittermaier, Grundſätze des gemeinen teutſchen Privatrechtes, 5. Auflage, Abth. 1 (Regens-

Abgabe geht bis zu den letzten Jahrhunderten des Mittelalters hinab und wurde von den Zuſtänden deſſelben genährt. Wir finden, daß ſchon im dreizehnten Jahrhunderte Städte von dem Vermögen der aus ihnen damit Wegziehenden Nachſteuer erhoben, wobei beſonders der Geſichtspunkt vorherrſchte, daß daſſelbe den Schutz der Stadtgemeinde genoſſen habe, deren Aerar die Koſten der Vertheilung gegen den befehdenden Feind zu tragen hatte, ein Schutz, der eine Abgabe von dem geſicherten Vermögen anzuſprechen habe[2]). Außerhalb der Städte erzeugte die Hörigkeit und das Feudalſyſtem die gleiche Erſcheinung[3]); der Schützling mußte die Trennung ſeines Verhältniſſes als ſolcher, welches mit Leiſtung von Dienſten verbunden war, aus dieſem Grunde durch Hingabe einer Entſchädigung erkaufen[4]). Je mehr ſich die Vogtei ausbreitete und zur Landesvogtei ward, deſto mehr bürgerte ſich die Nachſteuer ein, die nun als Regal erſcheint. Als ſolches wird ſie, als im Herkommen begründet, von den Reichsgeſetzen, obwohl nur gelegentlich, anerkannt. Es heißt im §. 24 des Reichsabſchiedes vom Jahre 1555: „Wo — Unterthanen der alten Religion, oder augsburgiſchen Confeſſion anhängig, von ſolcher ihrer Religion wegen, aus unſeren, auch der Kurfürſten, Fürſten und Ständen — Fürſtenthümern, Städten oder Flecken mit ihren Weib und Kindern an anderen Ort ziehen und ſich nieder thun wollen, dann ſoll ſolcher Ab- und Zuzug auch Verkaufung ihrer Haab und Güter gegen ziemlichen billigen Abtrag der Leibeigenſchaft und Nachſteuer, wie es jeden Orts von alters anher üblichen, hergebracht und gehalten worden iſt — zugelaſſen ſein[5]).“ Dieſem Boden entwuchs die Lehre von der Nachſteuer. Als Regel betrachtet und geübt[6]) wurde dieſes Inſtitut, das ſich indeſſen

---

burg 1837), §. 111—114, S. 185—290. Siebel, Repertorium über die in den Jahren 1802 bis 1834 erſchienenen Sammlungen juriſtiſcher Aufſätze und rechtlicher Entſcheidungen Bd. 1 (Leipzig 1835), s. v. Abzugsgeld, S. 5—7. Kappler, juriſtiſches Promtuarium (Stuttgart 1837), s. v. Abzug, Abſchoß, Nachſteuer, S. 48, 49, 675, ſ. auch noch den erſten Theil dieſes Lexikons s. v. Auswanderung.

2) Bodmann a. a. O. (pragmatiſche Geſchichte u. ſ. w.) §. 5, S. 24—28. Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechtes (Landsh. 1802), Nr. 2, S. 73 flg.: Hat das innere Nachſteuer- oder Abſchoßrecht, wie es Städte, Märkte, Gemeinheiten und Gutsbeſitzer ausüben, einen rechtlichen Grund? u. ſ. w., S. 81 flg. Eichhorn a. a. O.

3) Welcker a. a. O. S. 58, 59.

4) Eichhorn a. a. O. Derſelbe, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, 4. Ausgabe, Th. 2 (Göttingen 1835), §. 368, Th. 3 (1836), §. 448. Klein, merkwürdige Rechtsſprüche der halle'ſchen Juriſtenfacultät Bd. 3 (Berlin 1798), S. 243—271. Mittermaier a. a. O. §. 111.

5) Senkenberg, Sammlung der Reichsabſchiede Th. 3, S. 435. Oertel, die Staatsgrundgeſetze des teutſchen Reiches (Leipzig 1841), S. 225, 226. S. noch Reichsabſchied vom Jahre 1594, §. 82: gewöhnlicher hergebrachter Nachſteuer, §. 84: der Nachſteuer halben. Senkenberg a. a. O. S. 435.

6) Fauſt, Beweis, daß das Recht der Nachſteuer ein regale ſei. Frankfurt 1756. Bonnhoefer, diss. qua ius detractus superioritati territoriali vindicatur, eiusque vera indoles ostenditur. Erford. 1784. Pfeffinger, corpus iur. publ. Tom. III. p. 148. Repertorium iuris publici et feudalis tom. I. (Jen. 1751.) s. v. Abzug, S. 12—14. Pütter, institutiones

als ſolches nicht über ganz Teutſchland ausbreitete[7]), indem es hier und dort nur in der Geſtalt der Retorſion gekannt ward, nun auch von der Geſetzgebung ergriffen und geformt. So beſtimmt z. B. das preußiſche Landrecht Th. 2, Tit. 17[8]), §. 141, 142: „Wer von ſeiner Freiheit oder erhaltenen Erlaubniß zum Auswandern Gebrauch machen will, muß von ſeinem inländiſchen Vermögen dem Staate in der Regel Zehn vom Hundert als ein Abfahrtsgeld entrichten. Wo mit auswärtigen Staaten dieſerhalb beſondere Verträge und Obſervanzen beſtehen, hat es bei ſelbigen noch ferner ſein Bewenden"; während es in den folgenden Paragraphen die Regel des §. 141 näher normirt, namentlich dahin, daß Einkünfte liegender Güter, Zinſen, Alimentgelder und andere jährliche Leiſtungen, gemeines Hausgeräthe, Kleider, Wäſche, Bibliotheken, Kunſt- und Naturalienſammlungen u. ſ. w. dem Abzuge nicht unterworfen ſeien, respective bei Berechnung deſſelben nicht in Anſchlag kämen, daß dagegen alles das, was ein Inländer mit inländiſchem Vermögen im Auslande erworben habe, wozu namentlich der Ertrag auswärtiger, mit ſolchem Vermögen begründeter Handelsetabliſſements gehöre, dem Abzuge unterworfen ſei (die Angabe, inländiſches Vermögen ſei dazu nicht angewendet worden, müſſe dargethan werden). Weiter wird feſtgeſetzt, daß der Auswandernde ſein Vermögen treu, etwa eidlich angeben müſſe, der Fiscus befugt ſei, gerichtliche Abſchätzung zu erwirken, Schulden in Abrechnung kämen, das Abfahrtsgeld zu entrichten ſei, ſobald der Auswandernde für ſeine Perſon das Land verlaſſe, indeſſen nach Gutbefinden die Erlegung deſſelben ſo lange, bis auch der Reſt des Vermögens ausgeführt werde, gegen hinlängliche Sicherheit geſtundet werden könne; der Verſuch, das dem Staate ſchuldige Abfahrtsgeld zu entziehen, habe die Strafe des Vierfachen zu Folge u. ſ. w.[9]). Um einen Blick auf einen kleinen teutſchen Staat zu werfen, ſo ſind nach der Geſetzgebung der freien Stadt Frankfurt[10]) zur Nachſteuer verbunden alle Bürger, welche ihr Bürgerrecht aufgeben und wegziehen, alle Beiſaſſen, die Kinder von Einwohnern, welche wegziehen und ihr Vermögen mitnehmen, alle Be-

---

iuris publici germanici ed. VI. (Goett. 1802.) §. 368. p. 429. Meyer, teutſches weltliches Staatsrecht Bd. 3 (Leipzig 1776), §. 55, S. 144, 145. Gönner, teutſches Staatsrecht (Landshut 1804), §. 369: Abzugsgeld, Nachſteuer, S. 613—615. Häberlin, Handbuch des teutſchen Staatsrechtes Bd. 3 (Berlin 1797), §. 368, S. 160—166. Saalfeld, Syſtem des europäiſchen Völkerrechtes (Göttingen 1809), §. 20, S. 32.

7) Die Geſchichte von Württemberg zeigt der tübinger Vertrag vom Jahre 1514, der das Recht des Auswanderns von der Verbindlichkeit der Entrichtung der Nachſteuer (gleich der Magna Charta Englands) befreite. Spittler, Geſchichte Württembergs (Göttingen 1783), S. 101.

8) Allgemeines Landrecht für die preußiſchen Staaten, neue Ausgabe, Th. 2, Bd. 2 (Berlin 1817), Tit. 17, Abſchn. 2: Von Auswanderungen, Abfahrts- und Abſchoßgeldern, S. 330—334, 336—338.

9) Klein, Syſtem des preußiſchen Civilrechtes (Halle 1801), §. 967, 969, 970, S. 563—565. S. noch unten unter gabella hereditaria.

10) Bender, Lehrbuch des Privatrechtes der freien Stadt Frankfurt (Frankfurt 1835), §. 55: Nachſteuer, S. 143, 145.

dienſtete, Lehrer u. ſ. w. Die Nachſteuer (zehn Procent) begreift jede Art von Vermögen, auch ausſtehende Capitalien, ſelbſt auswärts angelegte, und auswärtige Güter, ſoweit ſolche der Entrichtung der eingeführten Einkommenſteuer unterworfen ſind [11].

Die teutſche Bundesacte beſtimmte im Art. 18: Daß den Unterthanen der teutſchen Bundesſtaaten zuſtehen ſolle, namentlich die Freiheit von aller Nachſteuer (ius detractus, gabella emigrationis), inſofern das Vermögen in einen anderen teutſchen Bundesſtaat übergeht, und mit dieſem nicht beſondere Verhältniſſe durch Freizügigkeitsverträge beſtehen, und ein Bundestagsbeſchluß vom 23. Juni 1817 hebt hervor, daß unter dieſer Befreiung begriffen ſei namentlich das Vermögen, welches durch Auswanderung exportirt werde, daß ſie ſtattfinde, ohne Unterſchied, ob die Erhebung dieſer Abgabe bisher dem landesherrlichen Fiscus, den Standesherren, den Privatberechtigten, Communen oder Patrimonialgerichten zugeſtanden, die Aufhebung aller Nachſteuer keinen Grund zu einer Entſchädigungsforderung an den Landesherrn für die dem Berechtigten entgehenden Einnahme abgeben könne, die Art der Verwendung nichts erhebe, und die Particulargeſetzgebungen und ſelbſt die im Art. 18 der Bundesacte ausdrücklich vorbehaltenen beſonderen Freizügigkeitsverträge nur inſoweit gälten, als ſie dieſen Kreis nicht verengten, vielmehr giltig ſeien, inſoweit ſie denſelben erweiterten [12]. In einzelnen teutſchen Staaten iſt die Nachſteuer überhaupt aufgehoben worden, ſo, daß der, welcher aus einem ſolchen Staate in einen nicht zum teutſchen Bunde gehörigen Staat innerhalb oder außerhalb Europas auswandert, von deren Entrichtung befreit iſt. So wurde z. B. für das Großherzogthum Heſſen [13], wo bisher die Nachſteuer, inſoweit ſie nicht durch Freizügigkeitsverträge [14] beſeitigt erſchien, erhoben wurde, durch den §. 7 des Finanzgeſetzes vom 26. Juni 1836 beſtimmt: Die Nachſteuer bei Auswanderungen (und Vermögensexportationen) iſt vom 1. Juli 1836 an aufgehoben [15]. Das

---

11) Gleiches gilt von dem Abſchoß (gabella hereditaria): Bender a. a. O.

12) v. Zangen, die Verfaſſungsgeſetze teutſcher Staaten in ſyſtematiſcher Zuſammenſtellung u. ſ. w. Th. 1 (Darmſtadt 1828), S. 143—145. Zöpfl, Grundſätze des allgemeinen und des conſtitutionell-monarchiſchen Staatsrechtes, mit Rückſicht auf das gemeingiltige Recht in Teutſchland, nebſt einem kurzen Abriſſe des teutſchen Bundesrechtes u. ſ. w. (Heidelberg 1841), S. 352, 359. Welcker a. a. O. S. 64, 65. Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte, 4. Ausgabe, Bd. 4 (Göttingen 1836), §. 612, S. 698, 699.

13) Weiß, Syſtem des Verfaſſungsrechtes des Großherzogthums Heſſen (Darmſtadt 1837), S. 240.

14) Mit Dänemark (1822, 1823), Frankreich (1780 und 1806), Neapel und Sicilien (1819, 1820), Niederlande (1829), Polen (1827), Preußen (1828), Rußland (1827), Schweden und Norwegen (1829), Schweiz (1823). Beck, das heſſiſche Staatsrecht Buch 2, Hft. 1, 2 (Darmſtadt 1832), S. 408, 409. Bopp, der heſſiſche Rechtsfreund (Darmſtadt 1837), s. v. Nachſteuer, S. 436, 437.

15) Großherzoglich heſſiſches Regierungsblatt vom Jahre 1836, S. 330 (in dem Edicte vom 17. Februar 1820, über die ſtaatsrechtlichen Verhältniſſe der Standesherren §. 57, war den Standesherren zugeſtanden, namentlich die

Staatsgrundgeſetz des Königreichs Sachſen ſpricht §. 29 aus: Jedem Unterthan ſteht der Wegzug aus dem Lande ohne Erlegung der Nachſteuer frei u. ſ. w.[16]), und ebenſo heißt es in der Verfaſſungsurkunde des Herzogthums Braunſchweig: Jeder Landeseinwohner hat das Recht der Auswanderung ohne Erlegung einer Abzugsſteuer[17]), ſo wie in der des Fürſtenthums Hohenzollern-Sigmaringen: Jedem Landeseingebornen ſteht das Recht der freien Auswanderung ohne Bezahlung einer Nachſteuer — zu [18]). Wenn es alſo im Eingange der Weſtphal'ſchen Abhandlung heißt: Nichts iſt häufiger, als die Materie des Abzuges, ſo gilt dieß nicht mehr von der Gegenwart.

In den teutſchen Staaten, deren Geſetzgebung die Nachſteuer nicht ganz verbannt hat, iſt der, welcher in einen Staat außerhalb Teutſchlands auswandern will, nur dann von deren Entrichtung frei, wenn mit demſelben ein Freizügigkeitsvertrag abgeſchloſſen iſt. So ſchloß z. B. im Jahre 1839 Kurheſſen mit dem Königreiche Sardinien einen Staatsvertrag ab, in deſſen Gemäßheit Abzugsgeld oder Nachſteuer von dem aus dem Kurfürſtenthume Heſſen in das königlich ſardiniſche Gebiet oder aus dieſem in die kurfürſtlich heſſiſchen Staaten übergehenden Vermögen nicht mehr erhoben werden ſolle. A. Müller, der allgemeine Telegraph für die teutſche Geſetzkunde Bd. 1 (Heilbronn 1840), S. 802.

Als Bedingung der Verbindlichkeit zur Entrichtung der Nachſteuer[19]) gilt die Eigenſchaft als Unterthan und Eigenthümer des reinen Vermögens (denn Schulden werden in Abzug gebracht), das derſelben unterworfen werden ſoll, und das Aufgeben des Domicils. Der Forenſe iſt von dieſer Verbindlichkeit nicht ergriffen; ebenſo wenig wird der Theil des

---

Nachſteuer von dem Vermögen der auswandernden Unterthanen, inſofern ſolche nach den beſtehenden oder künftigen Geſetzen und Freizügigkeitsverträgen noch ſtatthaft iſt und ſein wird).

16) Teutſchlands Conſtitutionen (Rinteln 1833), S. 261. v. Zangen a. a. O. Th. 3 (Darmſtadt 1836), S. 118.

17) v. Zangen a. a. O. S. 176.

18) v. Zangen a. a. O. S. 210. Andere teutſche Staatsgrundgeſetze räumen die Befugniß, auszuwandern, ein, ohne jedoch der Nachſteuer ausdrücklich oder ſtillſchweigend zu erwähnen, z. B. die Verfaſſungsurkunde des Königreichs Hannover vom Jahre 1833 (v. Zangen a. a. O. S. 130), und die des Herzogthums Sachſen-Meiningen und Hildburghauſen (v. Zangen a. a. O. S. 185, 186). Die Verfaſſungsurkunde von Kurheſſen macht die Beobachtung der geſetzlichen Beſtimmungen zur Bedingung des Rechtes, auszuwandern (v. Zangen a. a. O. Th. 3, S. 168), und die Verfaſſungsurkunde des Herzogthums Sachſen-Altenburg ſagt: Abzugsgeld findet bei Auswanderungen in einen anderen teutſchen Bundesſtaat niemals ſtatt und in einen außerhalb des teutſchen Bundes gelegenen Staat nur in den Grenzen billiger Rechtserwiederung. v. Zangen a. a. O. S. 200.

19) Als noch das teutſche Reich beſtand, gab es Perſonalbefreiungen. So waren z. B. die Mitglieder der Reichsgerichte von der Entrichtung der Nachſteuer frei. Brand, rechtliches Bedenken über die allgemeine Befreiung der reichsgerichtlichen Perſonen in Anſehung der Nachſteuer. Wetzlar 1764. Weſtphal a. a. O. S. 43. S. überhaupt Pfeffinger l. c. p. 1490—1493. Eſtor, teutſche Rechtsgelahrtheit Th. 2 (Marburg 1758), §. 3464. Gönner a. a. O. Selchow l. c. p. 804.

Vermögens, welcher im Auslande befindlich oder nicht exportirt wird, davon berührt, es ſei denn, daß er in, im Auslande angelegten, Capitalien beſtünde, die dort erworben wurden und blieben[20]). Nicht fällige und nicht beitreibliche Forderungen kommen nicht in Anſchlag. Gewöhnlich beſteht die Quote des Vermögens, welches der Nachſteuer unterliegt, im zehnten Theile — zehnte Pfennig[21]). Erhebt ſich darüber Zweifel, ſo muß der Berechtigte das Quantum nachzeigen. —

Gabella hereditaria (Erbſchaftsgeld, Abſchoß, census hereditarius, detractus realis) iſt der Theil des einem Ausländer als Erben oder Legatar zufallenden Vermögens eines Inländers, welchen Erſterer im Inlande zurücklaſſen muß. Die Lehre vom Abſchoß[22]) entwickelte ſich aus den im feudalen Mittelalter herrſchenden Anſichten, daß Ausländer nicht erben könnten[23]), und betrachtet die Befugniß zur Beziehung dieſes Erbſchaftsgeldes als ein Regal[24]). Wir finden das Inſtitut in einzelnen Geſetzgebungen ausgeprägt. Von dieſen zeichnet ſich beſonders das preußiſche Landrecht aus, welches, während es hervorhebt, daß das, was von der Erwerbung und dem Gebrauche der niederen Regalien durch Privatperſonen überhaupt geſetzlich ſei, auch von dem Abſchoß (und der Abfahrt) gelte, hierüber Näheres normirt und darauf hindeutet, daß herrſchende Staatsverträge und Obſervanzen Norm ſeien, Th. 2, Tit. 17, §. 161, 162, beſtimmt: „Erbſchaften eines Landeseinwohners, welche einem auswärtigen Unterthan zufallen, ſind, wenn ſie aus dem Lande gehen, dem Abſchoſſe unterworfen. Ein Gleiches gilt von Brautſchätzen, Vermächtniſſen und Schenkungen aller Art, die aus dem Vermögen eines Inländers einem Ausländer zugewendet werden", in dem folgenden Paragraphen aber im weſentlichen ſich dahin ausſpricht, in einem ſolchen Falle finde der Abſchoß nur inſofern ſtatt, als der Erblaſſer ſelbſt in gleichem Falle denſelben hätte zurücklaſſen müſſen; er betrage zehn vom Hundert, der Ertrag eines liegenden Gutes, Zinſen, Alimente und jährliche Hebungen ſeien frei, nicht aber das, was ein Inländer mit inländiſchem Vermögen außerhalb des Landes erworben habe, wohin namentlich der Gewinn von auswärtigen, mit inländiſchem Vermögen errichteten Handelsniederlaſſungen gehöre, auch nicht, im Gegenſatze zu dem, was wegen der Abfahrt (ſ. oben unter gabella emigrationis) verordnet iſt, der Regel nach gemeines Geräthe, Kleider, Wäſche, Bücher, Kunſt= und Naturalienſammlungen u. ſ. w. der Abſchoß müſſe entrichtet werden, ſobald der ausländiſche Erbe ſeinen Willen, ſich nicht im Inlande niederzulaſſen, erklärt habe[25]).

---

20) Bodmann a. a. O. (inneres Territorialverhältniß u. ſ. w.) §. 43: Was der gemeine Landesbrauch abzugsfrei laſſe? S. 236.

21) Sie erreichte zuweilen ſogar den dritten Theil.

22) Die Literatur iſt oben bei gabella emigrationis aufgeführt.

23) Mittermaier a. a. O. §. 111.

24) Häberlin a. a. O. S. 166—168. Pütter l. c. §. 369. p. 430.

25) Allgemeines Landrecht für die preußiſchen Staaten, neue Ausgabe, Th. 2, Bd. 2 (Berlin 1817), Tit. 17, Abſchn. 2: Von Auswanderungen,

Was die Bundesgeſetzgebung zur Beſchränkung der Nachſteuer verordnet hat, gilt auch von dem Abſchoſſe. In einzelnen teutſchen Staaten (ſ. oben unter gabella emigrationis) iſt derſelbe ganz aufgehoben worden. Da, wo er noch beſteht, pflegt er ſo normirt zu ſein, wie die Nachſteuer — Befreiung des im Auslande befindlichen Theiles des Nachlaſſes —, Abzug der Schulden u. ſ. w. Vgl. beſonders Danz a. a. O. §. 173 flg.

Bopp.

Gaſtwirth, Gaſtgeber, Gaſthalter (caupo)[1]) iſt der, welcher Reiſende, gegen Bezahlung, in ſeinem Hauſe — Gaſthof (caupona[2])) — gewerbmäßig aufzunehmen und zu beherbergen pflegt, und zwar der dieſes Recht — die Gaſtgerechtigkeit, Gaſtnahrung — ſelbſt ausübende Herr[3]), verſchieden von dem eigenthümlichen Beſitzer des Gaſthofes — Gaſthofsbeſitzer —, welches er jedoch eben ſo gut, als Pachter oder Adminiſtrator des Gaſthofes ſein kann. Die Römer unterſchieden davon die Stallhalter (stabularii), diejenigen, welche auf gleiche Art Pferde in ihre Ställe aufnahmen[4]) — ein Gewerbe, welches, wenigſtens in Teutſchland, jetzt, abgeſondert von der Gaſtnahrung, mindeſtens Schenknahrung, nicht mehr vorkommt. Verſchieden von der Gaſtnahrung iſt nämlich die Schenknahrung, Schenkwirthſchaft, das Krugrecht[5]), d. i. das Recht, Zechgäſte zu ſetzen, Perſonen, welche blos auf kürzere Zeit und nicht um zu übernachten, in das Haus — Schenke, Krug — kommen, mit Getränken, höchſtens mit den einfachſten kalten Speiſen gegen Bezahlung zu verſehen. Nur ſelten iſt ſolchen Schenk- oder Krugwirthen, unter welche Kategorie

---

Abfahrts- und Abſchoßgeldern, S. 334—338. Klein, Syſtem des preußiſchen Civilrechtes (Halle 1801), §. 968—970, S. 564, 565. Reitemeier, das Abſchoßrecht in den preußiſchen Staaten. Frankfurt a. d. O. 1800. Kornemann, Handbuch des Abſchoßrechtes für preußiſche Geſchäftsmänner. Halle 1803. Stengel, Beiträge zur Kenntniß der Juſtizverfaſſung und der juriſtiſchen Literatur in den preußiſchen Staaten Bd. 14 (Halle 1802), S. 183 flg., Bd. 15, S. 163 flg. (1803), S. 160 flg., Bd. 18 (1804), S. 151 flg.

1) Außer den nachher auf einzelne Veranlaſſungen anzuziehenden Schriften iſt hier in Bezug auf das gemeine Recht zu erwähnen: Lauterbach, diss. de nautis, cauponis et stabulariis, in diss. acad. T. III. nr. 105. Biener, de iure hospitii et cauponae in observ. iur. publ. et feud. quaest. II. 27. p. 156. Die neueſte particularrechtliche Schrift iſt: Kuhn, der Gaſt- und Schenkwirthſchaftsverkehr in den preußiſchen Staaten. Quedlinburg 1841.

2) Von den Juriſten (z. B. von Hufeland in der Einleitung in das teutſche Privatrecht §. 575) wird zuweilen das Wort diversorium für Wirthshaus, caupona für Schenke gebraucht. Unſere Geſetze gebrauchen nur dieß letztere für Gaſthof, diversorium für ein Waarenbehältniß. Fr. 3. D. in quib. caus. pignor. (20. 2.) Calvini lexicon. iurid. s. v. diversorium.

3) Fr. 1. §. 5. D. nautae, caupones etc. (4. 9.) Glück, Pandektencommentar Th. 6, §. 485, S. 107. Schweppe, das römiſche Privatrecht §. 601. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes §. 343 (339).

4) Fr. 1. §. 5. cit. Glück a. a. O. S. 108. Schweppe a. a. O.

5) Mittermaier, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes §. 527 (475).

auch die Reiheſchenkwirthe gehören, d. h. diejenigen, welche das den Mitgliedern einer Gemeinde zuſtehende Recht, nach der Reihe Bier zu verzapfen — Reiheſchenkrecht, Reiheſchank — ausüben[6]), verſtattet, auch warme Speiſen ihren Gäſten gegen Bezahlung verabfolgen zu laſſen. Diejenigen, welche auch dieſes, aber nicht das Beherbergungsrecht haben, ſind unter dem Namen Traiteurs, Speiſewirthe, Garköche (deren Geſchäft: Speiſe- oder Traiteurwirthſchaft, Garküche) bekannt, während die Billardwirthe, Billardeurs, welche zum Vergnügen ihrer Gäſte ein Billard unterhalten, ebenſo die Kaffeeſchenken (deren Wirthſchaft: Kaffeehaus) zu den Schenkwirthen gewöhnlich gehören[7]). Alle dieſe genannten Gewerbe ſind durch diejenigen beſonderen Rechte nicht ausgezeichnet, welche rückſichtlich der Gaſtwirthe ſtattfinden. Das Gewerbe dieſer umfaßt alle die Rechte zuſammen, welche Einzelnen der vorſtehend genannten Gewerbe einzeln zuſtehen, inſonderheit aber das Recht der Ausſpanne und nächtlichen Beherbergung[8]).

Vermöge der Pflicht des Staates, die Gewerbe zweckmäßig zu leiten, daher zu beaufſichtigen, ſomit auch die Betreibung ſolcher, welche der Gewerbepolizei unterliegen, nur nach ertheilter ausdrücklicher Conceſſion dazu zu geſtatten, iſt auch die Ausübung des Gaſtrechtes der Ausbringung einer ausdrücklichen Conceſſion von Seiten der Regierung unterworfen. Dieß um ſo mehr, als der Fremde ſonſt ganz in die Willkür ihm unbekannter Perſonen gegeben ſein würde, und Handel und Wandel dem Staate die Sorge für Fremde zur beſonderen Pflicht machen. Darum iſt aber dieſe Conceſſionsertheilung kein Regal[9]). Oft hat die Regierung das Conceſſionsrecht, beſonders rückſichtlich der Schenkwirthſchaft, theils den Rittergütern, theils den niederen Gerichten, welche die volle niedere Gerichtsbarkeit und die damit verbundene Polizeiaufſicht haben, ausdrücklich verliehen, oft haben dieſelben es hergebracht[10]), oft iſt aber auch die Conceſſion mit dem Beſitze eines beſtimmten Hauſes, auf dem Lande häufig unter beſonderen Bevorrechtungen mit dem Beſitze eines Gutes — Erbkretzſchmar (in Schleſien: Erbkretſcham, im nördlichen Teutſchland: Erbkrug, lat.: caupona hereditaria) — verbunden. Weder der Beſitz eines ſolchen Gaſthofes oder Erbkretzſchmars, noch überhaupt die von der Regierung ertheilte Gaſtirungsconceſſion hindern erſtere, auch andere gleiche Conceſſionen an den Orten oder in dem Umkreiſe ſolcher Gaſthöfe und Kretzſchmars zu ertheilen, wenn ihnen nicht

---

6) Mittermaier a. a. O.

7) Vgl. hierüber Glück und v. Wening-Ingenheim a. a. O.

8) Hommel, rhapsod. quaest. obs. 97.

9) Pütter, auserl. Rechtsfälle Bd. 2, Reſp. 238, Nr. 231. v. Berg, Handbuch des teutſchen Polizeirechtes Th. 3, S. 437. Hagemann, Handbuch des Landwirthſchaftsrechtes §. 67. Klüber, öffentliches Recht des teutſchen Bundes, 3. Ausg., §. 462 (376). A. M. iſt Schöpffer, Tractat vom Bierbraurechte (Frankf. u. Leipzig 1733), S. 353.

10) Hagemann a. a. O.

ein ausdrückliches Bannrecht verwilligt iſt [11]). Ein ſolcher Bann= oder Zwangsgaſthof (bezüglich eine Zwangſchenke) hat entweder das Recht, zu verlangen, daß im ganzen Umkreiſe kein gleiches Gewerbe, außer dem berechtigten, ſtattfinde, oder das Recht, daß Niemand im Umkreiſe irgend wo anders gewiſſe Getränke, namentlich Bier, holen darf, außer in dem fraglichen Wirthshauſe, oder auch beide Rechte zugleich [12]). Sowohl Zwangs= als andere Gaſthofsbeſitzer haben, da ſie von jeher Gegenſtand beſonderer polizeilicher Berückſichtigung geweſen ſind, ſowohl nach den römiſchen, als nach den Reichsgeſetzen, als nach dem Herkommen, manche beſondere Rechte, vorzüglich aber Verpflichtungen.

Zu den Rechten derſelben rechnet man:

a) das Retentionsrecht an den vom Fremden in das Wirthshaus, mit Einſchluß der Ställe, gebrachten Effecten (invecta et illata) [13]). In der Regel wird hiernächſt

b) den Büchern des Wirthes gleiche Beweiskraft mit den Handelsbüchern der Kaufleute zugeſchrieben, wenn ſie die gehörigen Erforderniſſe haben [14]) (ſ. u. Handelsbücher). Vorausgeſetzt wird aber dabei ſtets, ſchon nach den Reichsgeſetzen [15]), daß der Wirth ſeine Rechnung gehörig ſpecificirt habe, ohne welches der Gaſt nicht zu bezahlen braucht. Im allgemeinen ſind übrigens die Wirthsſchulden, beſonders die eigentlichen Zechſchulden in bloßen Schenken, rechtlich nicht begünſtigt. Häufig geſtatten die Particulargeſetze die Einklagung nur einer gewiſſen kleinen Summe, ſetzen eine kürzere Verjährungszeit feſt [16]), und das Sprüchwort: Wer die Zeche ſchuldig bleibt, darf ſolche nicht verzinſen, iſt ziemlich allgemein angenommen [17]), obgleich da, wo die Giltigkeit deſſelben durch Geſetz oder Herkommen nicht erwieſen worden, kein geſetzlicher Grund vorhanden iſt, den Gaſtwirth mit ſeiner Verzugszinſenforderung unter ſonſt geeigneten Umſtänden zurückzuweiſen.

Viel merkwürdiger als die Rechte ſind die Verbindlichkeiten der Wirthe. Ziemlich allgemein iſt:

---

11) Berger, oeconomia iuris lib. I. tit. II. th. 11. not. 4 u. 5. Leyser, meditationes ad π. Vol. I. spec. 10. med. 4 u. 5.

12) Stryk, usus modernus π. lib. VIII. tit. 1. §. 6. Runde, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes §. 280. Danz, Handbuch des teutſchen Privatrechtes Bd. 2, §. 277. Hagemann a. a. O. Mittermaier a. a. O. §. 528 (475a) flg.

13) Ad anal. fr. 2. pr. D. de leg. Rhod. de iact. (14. 2.) Berger l. c. lib. III. tit. 6. th. 8. not. 9. Berlich, conclusiones practic. p. I. concl. 73. nr. 102 sq. Hagemann a. a. O. §. 68. Wernher, lect. comm. ad D. lib. IV. tit. 9. §. 7.

14) Berger, consil. cons. 1209. v. Hohnhorſt, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim Bd. 5, S. 101 u. 341.

15) Reichspolizeiordn. v. 1530, Tit. 25, §. 1—5. Reichsſchluß vom 1. Aug. und 10. Oct. 1668. v. Berg a. a. O. Th. 1, S. 350. Hagemann a. a. O.

16) v. Hohnhorſt in der Note 14 angezogenen Stelle.

17) Müller ad Struv, sect. IC. th. 111. litt. §. nr. 4. T. naut. caup. etc. Wernher l. c. §. 7.

a) die Meinung, daß ein Gaſtwirth, ſo lange er noch Platz in ſeinem Gaſthofe habe, jeden aufnehmen müſſe, der bei ihm für Geld beherbergt ſein wolle, er möge ihm anſtehen oder nicht [18]). Abgeſehen davon, daß bei Annahme dieſes Grundſatzes, als eines Rechtsſatzes, — vorausgeſetzt, daß dieß nicht als Bedingung bei der Gaſtirungsconceſſion oder durch ein Particulargeſetz vorgeſchrieben iſt — das Recht mit den polizeilichen Vorſchriften in Conflict kommt, welche die Beherbergung verdächtiger, namentlich unlegitimirter Perſonen, die bei allgemeiner Giltigkeit jenes Grundſatzes auch nicht ausgenommen ſein würden, geradezu verbieten; ſo hat der, welcher erklärt, für Geld beherbergen zu wollen, dadurch ſich nirgends des Rechtes begeben, ſich, wie es bei jedem anderen Contracte den Contrahenten frei ſteht, diejenigen auszuſuchen, mit denen er contrahiren will. Wird nun eine Renunciation, alſo auch dieſe, rechtlich nicht vermuthet, hängt es von jedem Wirthe ab, ſein Geſchäft, wenn er Gelegenheit dazu hat, ſtark oder ſchwach zu betreiben, ſchließt ſelbſt die Aushängung eines Schildes die, mehr als jede andere, in der Natur der Sache liegende Auslegung nicht aus, daß der Wirth, wenn er auch Alle auffordere, mit ihm den Herbergungscontract abzuſchließen, ſich doch nicht jeder einem Anderen beliebigen Bedingung unterwerfe [19]), und daß die eigene Stellung beſtimmter Bedingungen, ſonach auch die Bedingung der Auswahl ihm beliebiger Perſonen dabei vorbehalten wird [20]); ſo kann die Willkür des Wirthes in dieſer Hinſicht ſelbſt auf den Fall des Eigenſinnes und unerheblicher Urſachen nicht beſchränkt werden [21]). Der angebliche Widerſpruch der Geſetze, welcher zu den verſchiedenen Meinungen Veranlaſſung gegeben hat und welcher zwiſchen dem einen Geſetze [22]), worin es heißt: est in ipsorum (der Wirthe) arbitrio, ne quem recipiant, und den Worten des anderen Geſetzes [23]): nec repellere potest iter agentes, obwaltet, löſt ſich leicht durch Vergleichung mit einem dritten Geſetze [24]). Darin wird die Verbindlichkeit des Wirthes zur Gewährung der von ihm aufgenommenen Sachen (von welcher Verbindlichkeit weiter unten die Rede ſein wird) ganz beſtimmt nur auf die beſchränkt, qui habitandi causa in caupona sunt, welche alſo da logiren. Nur von ihnen, von denen, gegen welche der Wirth eine ſolche Verbindlichkeit hat, redet die erſte Geſetzſtelle, die dem Wirthe die Wahl läßt, während das dritte Geſetz demjenigen, qui repentino hospitio recipitur, veluti viator, das Recht verſagt, von jener Verbindlichkeit des Wirthes

---

18) **Wernher** l. c. §. 1 u. 2. **Mevius** in decis. p. III. decis. 63. nr. 1.

19) **Guyet**, die Verpflichtung des Gaſtwirthes zur Aufnahme der Reiſenden Nr. II. ſeiner Bemerkungen aus dem römiſchen Oeconomierechte, im Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. 17, Hft. 1, Nr. II, S. 47.

20) Gegen **Lauterbach**, colleg. theor. practic. lib. IV. tit. 9. §. 7. und **Schöpffer** a. a. O. S. 356.

21) Wie **Hagemann** a. a. O. thut.

22) Fr. 1. §. 1. D. nautae, caupones etc. (4. 9.)

23) Fr. un. §. 6. D. furti adversus nautas. (47. 5.)

24) Fr. 6. §. 3. D. nautae etc. cit.

zu vortheilen. Daher macht das Geſetz den Wirth auch für der viatores Handlungen nicht verbindlich, weil er nec repellere potest iter agentes. Danach kann alſo der Wirth in ſeinem Gaſthofe logiren und nicht logiren wen er will, aber den nur auf kurze Zeit bei ihm verweilenden, nicht bei ihm logirenden Fremden kann er keinen Falles den kurzen Aufenthalt verſagen[25]), braucht aber auch nicht für ihre Handlungen einzuſtehen. Und dafür ſprechen alle Gründe der Billigkeit, zumal der Wirth mit ſolchen blos zehrenden, nicht auch im Gaſthofe wohnenden Reiſenden in gar kein weiteres Verhältniß tritt, als daß ſie ihm einige Erfriſchungen abkaufen, welches ſelbſt kein Polizeigeſetz irgendwo verbietet.

Die Anſicht, daß der Wirth jeden Fremden beherbergen müſſe, führte auch

b) zu der Meinung, daß der Gaſtwirth vorzugsweiſe Militäreinquartirung übernehmen müſſe und deßhalb keinen Regreß an die Commun habe. Iſt aber eine ſolche Verpflichtung dem Gaſtwirthe nicht in ſeiner Conceſſionsurkunde zur Pflicht gemacht, oder hat er ſich derſelben nicht ſonſt freiwillig unterworfen, ſo liegt in ſeinem Geſchäfte ſelbſt kein Grund zu einer ſolchen Laſt; er kann zu eigener Tragung der Einquartirungslaſt nur nach den Grundſätzen angelegt werden, welche darüber im allgemeinen in ſeinem Wohnorte ſtattfinden, und hat, wegen des Aufwandes für ſolche Bequartirung, die er außerdem von Seiten der Behörde zugetheilt erhalten hat, an die Commun, für ſolche, die er für andere Einwohner mit deren Zuſtimmung eingenommen, an die eigentlichen Quartierwirthe den Regreß[26]).

c) Die bei weitem ſchwierigſte und wichtigſte Verpflichtung des Gaſtwirthes iſt, daß er für allen durch ihn ſelbſt, ſeine Leute, die in ſeinem Hauſe wohnenden Fremden verurſachten Schaden und jeden Verluſt an den von ihm oder ſeinen Leuten in ſeine Herberge aufgenommenen Sachen der bei ihm vermöge ſeines Gewerbes logirenden Perſonen haften muß, wenn Schaden oder Verluſt nicht durch eine unabwendbare Gewalt, oder durch eigene Schuld des Reiſenden geſchehen ſind[27]). Zwar würde das

---

25) So beſeitigt jenen anſcheinenden Widerſpruch Guyet a. a. O. S. 47 flg. Weniger glücklich ſind wohl die dießfallſigen Bemühungen Anderer ausgefallen, die übrigens dieſer Anſicht in dem Hauptreſultate beitreten, z. B. Stryk l. c. lib. IV. tit. 9. §. 2. Glück a. a. O. Th. 6, §. 486, 487, S. 112, Note 22. Kämmerer, observationes iuris civilis. (Rostock. 1827.) cap. II. de necessitate, ut putant, cauponibus, viatores recipiendi imposita, wo das mecklenburg'ſche Recht erwähnt wird, welches in Uebereinſtimmung mit anderen Particularrechten eine ſolche Zwangspflicht feſtſetzt. Ueber die Kämmerer'ſche Abhandlung vgl. die halle'ſche allgemeine Literaturzeitung von 1830, Nr. 2, S. 14 und Mühlenbruch, welcher übrigens eine Zwangsverbindlichkeit leugnet, in doctrina pandectarum §. 453. not. 5., ingleichen Huſchke in der tübinger kritiſchen Zeitſchrift Bd. 3, S. 22 flg., Schröter in Schunk's Jahrbüchern der juriſt. Literat. Bd. 11, S. 3 flg. und v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (340), beſonders Note uu.

26) Mevius l. c p. III. dec. 63. Schöpffer a. a. O. S. 358.

27) v. Hohnhorſt a. a. O. Jahrg. 5, S. 101.

römiſche Recht, je nachdem dem Verhältniſſe des Reiſenden zum Gaſtwirthe ein Mieth= oder Hinterlegungscontract, oder eine von dem Wirthe ſelbſt zu Schulden gebrachte Beſchädigung oder Entwendung zum Grunde liegt, durch die Mieth= oder Depoſitenklage und die Klage aus dem aquiliſchen Geſetze oder aus dem Diebſtahle dem Reiſenden zu ſeinem Rechte zu verhelfen ſuchen. Allein die bei den Römern vorgekommenen häufigen Betrügereien der Schiffer, Gaſt= und Stallwirthe, die Hilfloſigkeit des Reiſenden, der ſeine Effecten dieſen Perſonen ohne deren perſönliche Bekanntſchaft anvertrauen muß, und doch weit weniger als ſie im Stande iſt, darüber Aufſicht zu führen und den Thäter einer Beſchädigung zu entdecken, und die Nothwendigkeit eiliger Hilfe für den ſchon durch den Verzug leidenden Reiſenden haben die römiſchen Prätoren zur Annahme des Grundſatzes bewogen, daß jene Perſonen in der Regel für allen an den von ihnen aufgenommenen Sachen auch ohne alle ihre Verſchuldung entſtandenen Schaden haften müſſen [28]). Um an dieſer Stelle blos von den Gaſtwirthen zu reden, unter denen jetzt die Stallhalter zugleich mit zu verſtehen ſind, ſo hat ſich rückſichtlich der fraglichen Verbindlichkeit der obige Grundſatz folgendergeſtalt näher ausgebildet. Demſelben unterliegen

α) nur Gaſtwirthe [29]) in obiger Bedeutung (exercentes negotium suum [30])), nicht der, welcher Fremde und deren Effecten nur außergewöhnlich für eine Vergütung aufgenommen hat [31]), z. B. der nicht, der, ohne von der Gaſtirung Gewerbe zu machen, während der Meſſe, wie ſolches auf größeren Meßplätzen häufig geſchieht, Fremde für Geld aufnimmt [32]). Auch der Gaſtwirth nicht, der aus freundſchaftlichen oder ſonſtigen Rückſichten einen Fremden umſonſt beherbergt, weil da der Gaſtwirth die Beherbergung nicht als Gewerbe treibt. Das Geſetz gibt einem ſo Beherbergten nur wegen damnum iniuria datum eine Klage [33]). Dahin gehört der Fall nicht, wenn der Gaſtwirth hinterher die Zeche erläßt. Mehrere Gaſtwirthe haften übrigens nur pro rata, außer wenn

---

28) Fr. 1. pr. et §. 1. Fr. 3. §. 1. D. nautae, caup. etc. cit. Glück a. a. O. S. 108 flg. Schweppe a. a. O. S. 522. Göſchen, Vorleſungen über das gemeine Civilrecht Bd. 2, Abth. 2, §. 650, S. 687.

29) Hagemann und Bülow, praktiſche Erörterungen Bd. 5, S. 214.

30) Fr. 3. §. 2. D. eod.

31) Eiſenhart, Erzählung von beſonderen Rechtshändeln Th. 9, Nr. 5, S. 122 flg. Berger, oecon. iur. lib. III. tit. 6. th. 8. not. 3. Glück a. a. O. §. 492, S. 124. Mühlenbruch l. c. §. 453. Schweppe a. a. O. S. 523. Göſchen a. a. O. S. 688.

32) Glück a. a. O. S. 125. So entſchied die Appellationscommiſſion in Braunſchweig, bei Hurlebuſch, Erörterungen aus dem Civil= und Criminalrechte S. 186.

33) Fr. 6. pr. D. eod. Kritz, das Pandektenrecht aus den Rechtsbüchern Juſtinians Th. 1, Bd. 2, S. 307, Nr. 13 und S. 321, gegen v. Wening=Ingenheim a. a. O. §. 343 (340) und Mühlenbruch l. c.

ſie einen gemeinſchaftlichen Stellvertreter beſtellt haben, ſtatt deſſen ſie in solidum haften[34]).

β) Aus dem Grunde, daß der Wirth der ſchweren geſetzlichen Haftung nur inſofern unterworfen iſt, als er ſein Geſchäft ausübt, nicht si extra negotium receperit[35]), folgt, daß z. B. ſeine Miethleute auf ſeine geſetzliche Haftung, als Gaſtwirth, keinen Anſpruch haben[36]). Wohl aber hat der reiſende Gaſtwirth ſelbſt dieſen Anſpruch gegen den ihn beherbergenden Gaſtwirth[37]), da er ihn nicht als Gaſtwirth, ſondern als Reiſender macht, mithin das: Privilegiatus contra aeque privilegiatum iure suo non utitur, ihm nicht entgegenſteht.

γ) Der Grund der geſammten Verbindlichkeit des Gaſtwirthes iſt allein die Aufnahme der Sache, das recipere[38]), nichts Anderes. Dieſe Reception iſt unerläßlich. Der Reiſende, welcher den Anſpruch auf die beſondere Gaſtwirthsverbindlichkeit gründen will, muß allein die Reception, er braucht aber keine culpa oder dolus des Wirthes zu beweiſen[39]). Ganz gleichgiltig iſt es dabei, ob die Sache dem Inferenten eigenthümlich gehört oder nicht, und welche Beſchaffenheit ſie ſonſt hat. Iſt die Reception geſchehen, ſo hat der Inferent, nicht der Eigenthümer, die Klage ex recepto[40]).

δ) Die Aufnahme geſchieht giltig[41]) vom Wirthe ſelbſt, oder ſeinen dazu angeſtellten Leuten[42]), ſeiner Familie u. ſ. w., oder ſtillſchweigend durch Einbringung der Effecten mit ſeinem beſonderen oder auf alle Fälle ſich erſtreckenden Wiſſen. Iſt dem Reiſenden bekannt, daß einem oder dem anderen der Leute des Wirthes die Befugniß zu Annahme der

34) Fr. 7. §. 5. eod. Fr. 4. pr. et §. 1. D. de exercit. act. (14. 1.) Glück a. a. O. §. 494, S. 135 flg. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (341), gegen Buchholz, juriſtiſche Abhandlungen, Misc. 20.

35) Fr. 3. §. 2. D. nautae etc. cit.

36) Glück a. a. O. §. 492, S. 125. Schweppe a. a. O. S. 523. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (340).

37) Fr. 4. §. 1. eod.

38) Recipere wirkt hier gleichſam in zwei Bedeutungen, in der älteren, geſchäftlichen, wo es heißt: durch bloßen Vertrag ohne Stipulation verſprechen (recipiunt salvum fore fr. 1. §. 8. D. eod., Glück a. a. O. §. 485, S. 106) und in der Bedeutung des gemeinen Lebens: aufnehmen.

39) Fr. 1. §. 1—6. u. fr. 3. §. 1. D. eod. Glück a. a. O. §. 490, S. 119, §. 494, S. 139. Mühlenbruch l. c. Schweppe a. a. O. S. 522, 523, 525. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (339). Göſchen a. a. O. S. 688. Vgl. Gebrüder Overbeck, Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien Bd. 8, S. 90.

40) Fr. 1. §. 6 u. 7. Fr. 4. §. 2. eod. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (340). Schweppe a. a. O. §. 602, S. 525.

41) Fr. 1. §. 2. 3. 5. 8. D. eod. Schweppe a. a. O. S. 523 u. 524. v. Wening-Ingenheim, Mühlenbruch u. Göſchen a. a. O.

42) Daß dazu Kellner und Hausknechte gehören, muß allgemein angenommen werden, und wenn einige Rechtslehrer, z. B. Lauterbach l. c. lib. IV. tit. 9. §. 12., letztere davon ausnehmen, ſo geſchieht dieß aus irriger Uebertragung des Begriffes eines römiſchen medastinus auf die jetzigen Hausknechte. Berger, oeconomia iuris lib. III. tit. 6. th. 8. not. 4 u. 5. Glück a. a. O. §. 488, S. 114.

Sachen der Reiſenden nicht zuſtehe, und er übergibt ſie ihm doch, ſo thut er dieß auf ſeine Gefahr[43]). Daß aber die Sachen ſpeciell, namentlich nach einem Verzeichniſſe übergeben werden, iſt nicht erforderlich; eine allgemeine Uebergabe, Ueberweiſung oder Illation genügt, um den Erſatz aller Effecten zu verlangen[44]), doch muß der Beſchädigte den Inhalt der Kiſten u. ſ. w. beweiſen, wenn er ihn erſetzt verlangt[45]).

ε) Von dem Moment der Uebergabe oder Illation an haftet der Gaſtwirth, Erſteres wenn die Sachen dem Wirthe oder den Seinigen übergeben, falls ſie auch noch nicht in den Gaſthof gebracht ſind. Hier tritt der Unterſchied zwiſchen Uebergabe an ein zur Uebernahme berechtigtes Subject und an ein nicht berechtigtes klar hervor. Denn im letzten Falle trägt der Wirth bis zu der mit ſeiner Zuſtimmung erfolgten Einbringung in den Gaſthof keine Gefahr, im Erſteren trägt er ſie, wie gedacht, vom Augenblicke der Uebergabe an[46]).

ζ) Dieß vorausgeſetzt, haftet der Gaſtwirth für jede Entwendung, Vernichtung oder Beſchädigung der übergebenen oder in den Gaſthof eingebrachten Sachen, ſie geſchehe vom Wirthe ſelbſt oder, bei gänzlicher Unſchuld des Wirthes, von ſeinen Leuten oder anderen Reiſenden[47]), jedoch nach der Einbringung nur wenn ſie im Gaſthofe verübt wird[48]). Selbſt für die Beſchädigungen durch die eigenen Leute des beſchädigten Reiſenden haftet der Gaſtwirth, wenn dieſer ſich ihrer zu ſeinen Geſchäften bedient hat[49]), außerdem nicht[50]).

η) Den Gaſtwirth ſchützt es nicht, wenn er dem Reiſenden die Schlüſſel zu deſſen Zimmern und ſonſtigen Behältniſſen gibt[51]), es ſchützt ihn nicht eine von dem Reiſenden ſelbſt zu ſeinen Sachen geſtellte Wache, wohl aber eine Proteſtation des Wirthes, daß er für die eingebrachten Sachen nicht haften wolle und der Reiſende ſie ſelbſt bewachen müſſe, wenn der Wirth dieſe Proteſtation noch vor Aufnahme des Reiſenden bewirkt und dieſer dennoch den Gaſthof bezogen, alſo dadurch ſtillſchweigend ſich den Folgen derſelben unterworfen, oder wenn der Wirth zwar die Proteſtation erſt nach der Aufnahme eingelegt, der Fremde aber ſich dieß gefallen laſſen zu wollen ausdrücklich erklärt, nicht wenn letzter dieſe

---

43) Wernher l. c. lib. IV. tit. 9. §. 5.

44) Berger l. c. not. 4. Glück a. a. O. §. 491, S. 121. Göſchen a. a. O.

45) Fr. 2. D. de probationib. (22. 3.) Glück a. a. O. S. 122.

46) v. Wening-Ingenheim a. a. O. Schweppe a. a. O. S. 524.

47) Fr. 1. §. 8. Fr. 2. 3. pr. et §. 1 u. 3. Fr. 5. §. 1. D. nautae, caupones etc. (4. 9.) Berger l. c. not. 6. Eiſenhart a. a. O. S. 146. Schweppe a. a. O. §. 602, S. 524. Göſchen a. a. O. §. 661, S. 710.

48) Göſchen a. a. O. §. 650, S. 683.

49) Fr. 6. §. 1. D. eod.

50) Fr. 5. §. 13. D. commodati v. cont. (13. 6.) Glück a. a. O. §. 494, S. 135.

51) Berger l. c. not. 10. Glück a. a. O. §. 489, S. 115. Hagemann a. a. O. §. 68, S. 108. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (342).

mündlich oder ſchriftlich, z. B. durch Anſchlag, gemachte Proteſtation zwar vernommen, aber nichts darauf geſagt hat. Denn Niemand kann den Anderen eigenmächtig zu einer Erklärung zwingen[52].

ϑ) Jeden Falles wird der Wirth von ſeiner Verbindlichkeit befreit, wenn die eigene Schuld des beſchädigten Reiſenden bei dem Schaden mitgewirkt hat[53]. Die Caſuiſtik der Juriſten hat hier über mehrere einzelne Fälle Streit veranlaßt. So über den Fall, ob der Wirth für die Handlungen eines Lohnbedienten haften müſſe, den er dem Reiſenden empfohlen hat. Unſtreitig iſt[54] dieſe Frage in jedem einzelnen Falle nach den Grundſätzen über die Folgen der Empfehlung (ſ. den Art.) im allgemeinen zu beurtheilen. Wenn freilich, wie dieß in neueren Zeiten häufig in größeren Städten üblich iſt, der Wirth einen Lohnlakai für alle Fremden angenommen hat, der ſich gewöhnlich im Gaſthofe aufhält, wenn auch nicht da wohnt, ſo muß der Wirth unſtreitig für ihn ſtehen. Iſt der Fremde rückſichtlich ſeiner Sachen in mora accipiendi oder läßt er ſie bei ſeiner Abreiſe, ohne dem Wirthe ſie ausdrücklich zur Aufbewahrung zu übergeben, liegen, ſo hebt ſich des Wirthes Verbindlichkeit auf. Bewirkt er aber dieſe Uebergabe, ſo bleibt der Gaſtwirth, als ſolcher, nicht blos als depositarius, verbunden[55]. Nach klaren Geſetzesworten ſchützt aber den Gaſtwirth immer

ι) die Verurſachung der Beſchädigung durch einen ſolchen Zufall[56], den er mit den ihm zu Gebote ſtehenden Mitteln nicht abwenden konnte (vis maior), z. B. eine unabwendbare Naturbegebenheit, ein innerer Verderb der Sache, eine nicht zu beſiegende Gewalt[57]. Dieſer allgemeine Grundſatz hat gleichfalls viele caſuiſtiſche Streitigkeiten hervorge-

---

52) Fr. 7. pr. D. nautae etc. cit. Stryk l. c. lib. IV. tit. 9. §. 3. Berger l. c. th. 8. Hagemann a. a. O. S. 108. Glück a. a. O. §. 489, S. 115. Mühlenbruch l. c. Schweppe a. a. O. §. 602, S. 527. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (342). Göſchen a. a. O. S. 689.

53) Arg. fr. 203. D. de reg. iur. (50. 17.) et fr. 11. D. ad leg. aquil. (9. 2.) Glück a. a. O. §. 486 u. 487, S. 109. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (340). Göſchen a. a. O. §. 661, S. 711.

54) Vgl. Stryk l. c. lib. XVII. tit. I. §. 10. gegen Leyser l. c. Vol. I. spec. 67. coroll. 2., der ſich wohl mit Unrecht auf Fr. 1. §. 1. D. naut. caupon., etc. cit. beruft und den Wirth im allgemeinen für verhaftet hält.

55) Nach Fr. 3. D. eod. Glück a. a. O. §. 492, S. 125. Schweppe a. a. O. §. 602, S. 526. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (342).

56) Krause, de actione de recepto, casum fortuitum non persequente. Viteb. 1750.

57) Fr. 3. §. 1. Fr. 4. pr. Fr. 5. §. 1. D. eod. Berger l. c. not. 7. v. Quiſtorp, rechtliche Bemerkungen Th. 1, Nr. 100. Strube, rechtliche Bedenken, Spangenberg'ſche Ausg., Bed. 460 (IV, 176). Glück a. a. O. §. 486 u. 487, S. 109 und §. 490, S. 120. Schweppe a. a. O. §. 602, S. 524. Mühlenbruch l. c. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (340). Göſchen a. a. O. S. 710.

rufen, indeß erſcheint ſo viel gewiß, daß, außer den unabwendbaren Naturereigniſſen, Raub, nicht aber Diebſtahl, den Wirth von der fraglichen Verbindlichkeit befreit, da der höchſte Grad von Aufmerkſamkeit den letzteren immer verhüten kann [58]).

Um den Wirth zu den angegebenen Verbindlichkeiten, die er auch gegen Militärs (vgl. o. S. 444) hat, welche ihm, nicht als Einquartierung, ſondern von ihren Quartierswirthen oder dem Magiſtrate für Bezahlung zugeſendet worden ſind [59]), anzuhalten, ſtehen dem Reiſenden geſetzlich zwei Klagen, actiones in factum, zu, welche beide zu ihrer Begründung den Eintritt derjenigen Verhältniſſe vorausſetzen, die vorſtehend angegeben ſind [60]). Beide ſind auch actiones perpetuae [61]) (vgl. den Art. Actio Bd. 1, S. 46). Die vorzüglichſte und umfänglichſte derſelben iſt die actio de recepto [62]). Sie iſt eine prätoriſche Perſonalklage, eine actio rei persecutoria, geht auf den einfachen aber geſammten Schadenerſatz, das id quod interest, gegen den Wirth und ſeine Erben [63]). Die zweite Klage, die actio furti adversus caupones, iſt, wenn der Wirth ſelbſt den Reiſenden beſtohlen hat, eine actio ex delicto, wird der Wirth damit für ſeine Leute oder für bei ihm logirende Fremde [64]) belangt, actio quasi ex delicto. Sie iſt eine Pönalklage, denn ſie geht auf die Bezahlung des Doppelten des Werthes [65]), wird gegen den Wirth, gegen ſeine Erben aber nur, wenn ſie durch die unerlaubte Handlung reicher geworden ſind, gerichtet und ſetzt voraus, daß die Beſchädigung im Wirthshauſe ſelbſt, oder im Stalle geſchehen ſei [66]). Dieſe Klage, wenn gleich den Geſetzen nach lucrativer, iſt ſchwieriger als die vorige, weil ihr die, der praktiſchen Anwendung aller römiſchen Pönalklagen entgegenſtehenden Gründe gleichfalls entgegenſtehen, ſie eine ſpeciellere Beweisführung, da ſie ſich auf eine ſpecielle Thatſache gründet, als die vorige erheiſcht und, wie eben erwähnt, nicht unbedingt

---

58) Glück a. a. O. §. 494, S. 138 flg. Schweppe a. a. O. S. 525.

59) Rüling, 118 Entſcheidungen des O.-A.-Gerichtes zu Celle, Nr. 25.

60) Göſchen a. a. O. S. 688.

61) L. 3. §. 4. u. L. 7. §. 6. D. eod. Schweppe a. a. O. S. 522, 525 u. 526. v. Wening-Ingenheim a. a. O.

62) L. 1. §. 3. in fine u. L. 5. D. eod., nicht actio de receptis, wie irrig Leyser l. c. spec. 66. med. 4., Schweppe a. a. O. und noch einige Andere ſchreiben. Vgl. Göſchen a. a. O. S. 710.

63) Glück a. a. O. §. 488, S. 113, §. 494, S. 134 u. 140. Schweppe a. a. O. §. 601, S. 522, §. 602, S. 525. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (339, 340). Göſchen a. a. O. S. 688 u. 710. Vgl. Bülow u. Hagemann a. a. O. Th. 5, S. 214. Siewert, Materialien zur Erklärung der preußiſchen Landesgeſetze Hft. 5, S. 145.

64) L. ult. pr. u. L. 6. §. 3. D. eod., gegen Glück a. a. O. S. 141.

65) L. ult. §. 1. D. eod. L. un. §. 2. D. furti adversus nautas etc. (46. 5.)

66) L. un. D. furti adversus nautas, caupones, stabularios. (47. 5.) Glück a. a. O. §. 494, S. 140 flg. Schweppe a. a. O. §. 601, S. 522, 525, 526. Mühlenbruch l. c. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (339, 341). Göſchen a. a. O. §. 650, S. 688 flg.

gegen die Erben zuſteht[67]). Bei der actio de recepto hat der Kläger, wie oben (S. 446) gedacht, keine culpa, ſondern blos die Uebergabe an den Wirth oder die Seinigen, oder die Einbringung in den Gaſthof mit des Wirthes allgemeinem oder beſonderem Wiſſen, den Schaden und die Größe deſſelben zu beweiſen[68]). Der Wirth muß dagegen die eigene Schuld des Reiſenden, oder die oben (S. 448) erwähnte vis maior beweiſen[69]). Er bedient ſich dazu der gewöhnlichen Beweismittel, weil irgend ein Grund zu einer Abweichung davon in den Geſetzen nicht vorliegt, daher der Reiſende auch zum Erfüllungseide nur unter den allgemeinen geſetzlichen Bedingungen gelaſſen wird[70]). An einigen Orten finden ein beſonders abgekürztes Verfahren und deßhalb beſondere Gerichte für die Klagen der Fremden und Reiſenden — Gaſtrecht, Gaſtgericht[71]) — ſtatt.

Buddeus.

Gebäude iſt im allgemeinen Alles, was nach den Regeln der Baukunſt aufgeführt iſt. Dieſer viel umfaſſende Begriff gehört jedoch nicht für den gegenwärtigen Artikel, indem Berg-, Wege-, Waſſerbau u. ſ. w. unter den treffenden Artikeln Bergrecht, Wegebaurecht, Waſſerrecht u. ſ. w. ihre Berückſichtigung finden. Hier gilt es nur den engeren Begriff: ein nach Bauregeln in der Abſicht errichtetes Werk, um dadurch einen hohlen Raum, Behufs der Bewohnung, Aufbewahrung oder zweckmäßiger Betreibung gewiſſer Geſchäfte darin, einzuſchließen[1]). Je nachdem die Gebäude zu Privat- oder öffentlichen Zwecken verwendet werden, ſind ſie Privat- oder öffentliche Gebäude, unter welche Kategorien ſich die einzelnen zur Sprache kommenden Gebäude von ſelbſt ordnen, ohne daß es einer beſonderen Benennung derſelben bedürfte. Die Befugniß, ſolche Gebäude auf eigenem, fremdem oder gemeinſchaftlichem Grund und Boden bauen, verbeſſern und überhaupt verändern zu dürfen, bildet das Baurecht einer Perſon. Der Inbegriff aller Rechte und Verbindlichkeiten in Bauangelegenheiten bildet das Baurecht[2]), als Wiſſenſchaft be-

---

67) Kritz a. a. O. S. 313.

68) Berger l. c. not. 8. Hagemann a. a. O. §. 68. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 343 (340). Göſchen a. a. O. §. 661, S. 710.

69) Schweppe a. a. O. §. 602, S. 525.

70) Glück a. a. O. §. 491, S. 122 flg. Schweppe a. a. O. §. 602, S. 525.

71) Fiſcher, Lehrbegriff ſämmtlicher Cameral- und Polizeirechte §. 548 flg. Glück a. a. O. Th. 3, §. 201, S. 191. Mittermaier a. a. O. §. 105 (98).

1) Auf dieſe Definition deutet ſchon Polack in der mathesis forensis, Abth. 3, §. 2, und ſie iſt ſeitdem ziemlich allgemein geworden, wenn ſie auch nicht ganz tadellos ſein dürfte.

2) Hagemann, Landwirthſchaftsrecht §. 421. Scholz III., das Baurecht und die Rechte in Beziehung auf Gebäude (Braunſchweig 1839), §. 8, S. 17. Hier befindet ſich auch S. 15 eine ziemlich vollſtändige Literatur des Baurechtes, welcher hier nur aus den älteren Zeiten ergänzend beigefügt werden: Riese, de restricta aedificandi libertate. Giessae 1734. J. H. Michaelis, zuſammengeleſene allgemeine Baurechte, nebſt einem Anhange von der Baupolizei. Braunſchweig 1781. Hellfeld, repertorium iur. priv.

trachtet, deſſen Quellen Verträge, Obſervanzen und Geſetze ſind [3]). Unter dieſen letzteren nehmen die Bauordnungen [4]), Baureglements der verſchiedenen teutſchen Staaten und ſogar einzelner Städte einen bedeutenden Platz ein, welche jedoch vorzüglich polizeilichen Rückſichten gewidmet und inſofern hier ausgeſchloſſen ſind, wenn gleich die Polizeiverfügungen hier und da ſelbſt auf den Rechtszuſtand einen bedeutenden Einfluß äußern [5]). Namentlich finden auch die in unſeren teutſch-gemeinen Rechtsquellen aufgenommenen Polizeigeſetze der Römer, mit wenigen Ausnahmen, keine Anwendung mehr. So die Verbote gegen Verunzierung der Städte und der einzelnen Gebäude, z. B. das Verbot gegen Trennung der Zierrathen vom Hauſe, Niederreißung der Häuſer, um das Material zu verkaufen, der Entfernung neuer Privatgebäude von öffentlichen Gebäuden u. ſ. w., deren Anwendung ſchon durch die Ungewißheit mancher darin vorkommender Gebäudebenennungen (z. B. des Wortes: insula) gehindert wird [6]). Ziemlich allgemein beſteht die Einrichtung, daß, beſonders in Städten, Niemand ſelbſt auf ſeinem eigenen Grund und Boden eher bauen darf, als bis der Riß bei der betreffenden Landesſtelle eingereicht und genehmigt iſt [7]). Ueberhaupt pflegt durch die baupolizeilichen Geſetze

---

Art. Baurecht. Schuſter, über Baurecht, Verbietungsrecht, den Gebrauch und Nichtgebrauch der Dienſtbarkeiten nach dem römiſchen und öſterreich'ſchen Rechte. Prag 1819.

3) Hagemann a. a. O. §. 422 und Note 1.

4) Ueber die Baugeſetze einzelner teutſcher Staaten ſind neuerlich folgende Schriften herausgekommen: Richter, die königl. preußiſchen Geſetze und Verordnungen über das Bauweſen, in alphabetiſcher Ordnung (Leipzig 1835), ſehr vollſtändig, zugleich als 6. Band des Repertoriums der k. pr. Landesgeſetze. Jäſchke, die preußiſchen Baupolizeigeſetze und Verordnungen, ein Handbuch. Berlin 1840 (ohne ein Regiſter). Kuhn, das preußiſche Baurecht, nach den beſten Hilfsquellen u. ſ. w. Quedlinburg 1841. (Vgl. darüber Gersdorf, Repertorium der geſammten teutſchen Literatur Bd. 28, Hft. 6, Nr. 895, S. 510.) Poppe, die Baugeſetze des Königreichs Sachſen, vollſtändiges Repertorium aller älteren und neueren Geſetze u. ſ. w. in Bezug auf das Bauweſen in Sachſen. Leipzig 1841. J. A. Seuffert, das Baurecht, die Reallaſten und das Näherrecht, nach den bayer'ſchen Geſetzen u. ſ. w. Würzburg 1816. Nilſon, Baurechtslehre, in vorzüglichem Bezug auf die u. ſ. w. im Königreiche Bayern geltenden Baupolizeigeſetze. Augsburg 1828. v. Freyberg, pragmatiſche Geſchichte der bayer'ſchen Geſetzgebung u. ſ. w. in polizeilichen u. ſ. w. Gegenſtänden (Augsburg 1836), auch als 2. Band der pragmatiſchen Geſchichte der bayer'ſchen Geſetzgebung und Staatsverwaltung. Richter, die württemberg'ſche Baupolizei. Tübingen 1834. In Württemberg exiſtirt ſchon ſeit 1568 eine eigene Bauordnung, 1654 revidirt, anderweit erſchienen 1655 und ſo noch geltend. Mehrere Baugeſetze, beſonders auch in Beziehung auf Verhütung von Feuersgefahr ſ. bei v. Berg in dem nachſtehend angez. Werke Th. 3, S. 26 flg.

5) v. Berg, Handbuch des teutſchen Polizeirechtes Th. 1, S. 324. Scholz III. a. a. O. §. 9, S. 20.

6) Glück, Pandektencommentar Th. 19, §. 1087b, S. 10 u. 20 flg. Göſchen, Vorleſungen über das gemeine Civilrecht, herausgegeben von Erxleben, Bd. 2, Buch 2, §. 226, S. 26 u. 27.

7) Z. B. preuß. Landrecht Th. 1, Tit. 8, §. 67. Bayer'ſches Regierungsblatt von 1805 S. 320.

die natürliche Freiheit in mehrfacher Art beſchränkt zu werden, mit welchen Geſetzen aber der Gebäudebeſitzer und Bauende eben deßhalb ſich um ſo mehr bekannt machen muß.

Die Gebäude, rückſichtlich ihrer Entſtehung betrachtet, iſt es allerdings in der Hauptſache das Eigenthum, aus welchem das Recht zu bauen und die vollen Rechte an dem Gebäude ſich anzueignen entſpringt[8]). Nach gemeinem Rechte — die Einrichtung wegen Einreichung der Bauriſſe iſt, nach Obigem, blos Sache des Particularrechtes — kann der Eigenthümer in innerer und äußerer Einrichtung des Gebäudes blos ſeiner Willkür folgen[9]). Auch verſtattet das römiſche Recht ſogar den Bau im Meere und an deſſen Ufern ohne Vorausſetzung eines, wenigſtens in der letzteren Hinſicht möglichen Eigenthums[10]). Indeß zeigen ſich erhebliche Ausnahmen von der unbedingten Befugniß zum Bauen auf dem Eigenthume beſonders in dem Falle, wenn ſolches beſchränkt iſt. Schon auf gemeinſchaftlichem Grund und Boden iſt der Miteigenthümer im Baurechte nicht ganz uneingeſchränkt. Nur mit ausdrücklicher oder ſtillſchweigender, bei ganz unſchädlichen, wenn gleich nicht nothwendigen Gebäuden nicht zu verſagender Genehmigung ſeiner Miteigenthümer kann er bauen; zu nothwendigen Bauen und zu nöthigen Reparaturen gemeinſchaftlicher Gebäude müſſen die Miteigenthümer, nach Verhältniß ihrer Antheile, die Koſten bezahlen[11]), ja wer dieß nicht innerhalb vier Monate mit 12 pCt. Zinſen bewirkt, verliert dadurch ſeinen Hausantheil an den, der das Geld vorgeſchoſſen hat[12]). Aber auch ſelbſt bei ausſchließlichem Eigenthume kann das Baurecht beſchränkt ſein theils durch Polizeigeſetze, welche unter gewiſſen Umſtänden das Bauen unterſagen oder modificiren, theils durch die ein ſolches feſtſtellenden Verträge, theils durch Verjährung. Der Natur der Verjährung gemäß, begründet aber der Umſtand, daß an einer Stelle während der Verjährungszeit gar kein, oder nur ein Gebäude gewiſſer Art geſtanden hat, nicht die Folgerung, daß der Eigenthümer entweder gar nicht oder nur in der zeitherigen Maße bauen dürfe, ſondern dazu berechtigen nur eine von dem Eigenthümer verſuchte Veränderung des zeitherigen Bauzuſtandes, Widerſpruch deſſen, der dieß nicht leiden will, und Beruhigung des Eigenthümers hierbei während der Verjährungszeit[13]). Verbaut ferner der Eigenthümer eines Grundſtückes in ſeine Gebäude Baumaterialien (tigna[14])), die

---

8) Polack a. a. O. Cap. 2, S. 216. Hagemann a. a. O. §. 423. Scholz III. a. a. O. S. 21 u. 24.

9) Hagemann a. a. O. §. 421.

10) Göſchen a. a. O. Bd. 1, Buch 1, §. 71, S. 224.

11) Hagemann a. a. O. §. 423. Scholz III. a. a. O. S. 159 und in deſſen Gartenrechte, als Bd. 1, Hft. 1 der Zeitſchrift für Landwirthſchaftsrecht (Braunſchweig 1837), S. 28.

12) L. 4. C. de aedific. priv. (8. 10.) L. 52. §. 10. D. pro socio. (17. 2.) Göſchen a. a. O. Bd. 2, Cap. 2, §. 280.

13) Scholz III., im angez. Baurechte §. 10, S. 25.

14) §. 29. J. de rer. div. (2. 1.) L. 1. §. 1. D. de tigno iuncto. L. 7. pr. D. ad exhibendum. (10. 14.)

einem Dritten gehören, ſo darf dieſer, nach dem Grundſatze des römiſchen Rechtes: solo cedit quod solo inaedificatur, ſie zwar allerdings ſo lange nicht vindiciren, als das Gebäude ſteht; er kann auch nicht mit der actio ad exhibendum auf Niederreißung des Gebäudes klagen, er kann aber durch die actio de tigno iuncto den Bauherrn auf Gewährung des Doppelten des Werthes belangen. Ja ſein Vindicationsrecht lebt, ſobald die Materialien, z. B. nach Einreißung des Gebäudes, wieder davon ſeparirt ſind, auch wieder auf, und zwar wider den Beſitzer in böſem Glauben ſogar wenn das duplum ſchon gezahlt iſt. Gegen dieſe Nachtheile kann ſich der Bauherr nur dadurch ſichern, daß er das eingebaute Material aus dem Gebäude herausnimmt und zurückgibt[15]). Wenn hiernächſt gleich eine Verbindlichkeit zum Bauen gemeinrechtlich für den Eigenthümer nicht vorhanden iſt, außer da, wo es das allgemeine Staatswohl, namentlich in Cultus- und öffentlichen Schulangelegenheiten (ſ. den Art. Kirchen- und Schulbaue), in Angelegenheiten, die Ausübung der Juſtiz und Adminiſtration und überhaupt die verſchiedenen Arten der Polizei betreffend[16]), beſonders nach Particulargeſetzen fordert[17]), ſo iſt es doch ebenfalls das öffentliche Wohl, das gemeine Weſen, dem entgegen nichts gebaut werden darf[18]). Eben ſo wenig dürfen die Rechte Anderer durch den Bau des Eigenthümers leiden, z. B. dadurch, daß der Gebrauch gemeinſchaftlichen Waſſers verkümmert, das Waſſer auf eines Anderen Grundſtück geleitet, ein nothwendiger Weg auf eines Anderen Grundſtück getrieben wird u. ſ. w.[19]). Bloße Unannehmlichkeiten, Unbequemlichkeiten und Nachtheile können für den Eigenthümer keinen rechtlichen Hinderungsgrund gegen das Bauen abgeben. Wohl aber beſteht der Grundſatz, daß Niemand auf ſeinem Grund und Boden blos darum bauen ſoll, um dem Anderen Nachtheil und Unannehmlichkeiten zuzuziehen[20]).

Ganz beſonders iſt, wie ſich ſchon hieraus ergibt, das Nachbarrecht[21]) (Fürnoſſenrecht, ius vicinitatis[22])) beim Bauen zu berückſichtigen. Schon nach den Zwölftafelgeſetzen der Römer beſtanden gewiſſe Vorſchriften über die Entfernung, in welcher jeder Bauende beim Bauen von den Grundſtücken ſeines Nachbars bleiben ſoll; ſie ſind aber theils nicht in das Juſtinianiſche Recht übergegangen, theils ſind auch die dießfallſigen neueren römiſchen Geſetze, als Polizeigeſetze, nicht mehr

---

15) §. 29. J. cit. Tot. tit. D. de tigno iuncto. (47. 3.) L. 23. §. 6. D. de rei vind. (6. 1.) L. 6 u. 7. D. ad exhib. (10. 4.) L. 7. §. 10. D. de acquir. rer. dominio. (41. 1.) L. D. de tigno iuncto. (47. 3.) Glück a. a. O. Th. 8, §. 577, S. 74. Schweppe, das römiſche Privatrecht Bd. 2, §. 263.

16) Scholz III. a. a. O. §. 16a flg., S. 41 flg.

17) Hagemann a. a. O. §. 421. Pufendorf, observationes iuris universi Tom. III. obs. 233. §. 2. Scholz III. a. a. O. §. 62, S. 158.

18) Hagemann a. a. O. §. 422.

19) Ebendaſ. Nr. 2.

20) Ebendaſ. Nr. 3. Pufendorf l. c. Tom. IV. obs. 263.

21) Verſchieden von der auch ſo benannten Art des Retractrechtes; vgl. Walch, Näherrecht, 3. Aufl., S. 470 flg.

22) Scholz III. a. a. O. S. 20.

anwendbar[23]). Zu letzteren gehören die Vorſchriften, auf ſeinem Grundſtücke nicht ſo zu bauen, daß der Dreſchtenne des Nachbars der zur Reinigung des Getreides erforderliche Luftzug entzogen werde[24]), den Nachbar weder des Lichtes noch der Ausſicht zu berauben, nach ſeinem Grundſtücke zu aber nicht unbeſchränkt Fenſter anzulegen[25]) u. ſ. w. Auf allgemeineren Rechtsgrundſätzen beruht das Verbot ſolcher Bauanſtalten, welche das Gebäude des Nachbars in Gefahr ſetzen, z. B. die Anlage einer Düngergrube an der Wand des Nachbars[26]). Das teutſche Privatrecht und namentlich die Particulargeſetze einzelner Lande ſind großentheils von ähnlichen Grundſätzen ausgegangen, und das römiſche Recht muß dabei, ſo weit es allgemein giltige Grundſätze ausſpricht, ſelbſt rückſichtlich der demſelben unbekannten teutſchen Servituten und ſonſtigen Rechte, angewendet werden[27]). So iſt es rückſichtlich des im teutſchen Rechte gegründeten Fenſter- und Lichtrechtes, vermöge deſſen particularrechtlich und bezüglich ſtatutariſch die Anlage von Fenſtern nach den Nachbargrundſtücken und das Verbauen vorhandener Fenſter des Nachbars unterſagt, oder modificirt iſt[29]). Das Fenſterrecht beſchränkt häufig die Befugniß zur Anlegung der Fenſter in einer an das Nachbargrundſtück angrenzenden Mauer auf blos erhellende, nicht Ausſichtsfenſter[30]), und oft blos auf Fenſter in einer gewiſſen Höhe vom Boden an. So iſt es ferner rückſichtlich der Führung ſogenannter Brandmauern zwiſchen den Häuſern, das ſind aus Bruchſteinen, hier und da auch aus Mauerziegeln, aufgerichtete Mauern, die der Verbreitung des Feuers aus einem Hauſe in das andere Einhalt thun ſollen, rückſichtlich des Höherbauens (der römiſchen servitus altius tollendi et non tollendi), des Winkelrechtes, des Rechtes zu fordern, daß die durch ihren üblen Geruch dem Nachbar läſtigen Theile eines Gebäudes in beſtimmter Entfernung von den Gebäuden des Nachbars angelegt werden (ſ. o.), daß Zäune, es ſeien denn gemeinſchaftliche, in einer gewiſſen Entfernung von der Grenze des Nachbars gehalten werden. So iſt es rückſichtlich des ſogen. Hammerſchlagrechtes (tour d'échelle), d. i. des in der Regel in ganz Teutſchland beſtehenden Rechtes eines Eigenthümers, ſeine baufällige Mauer, überhaupt ſein ſo nahe, daß er dieß nicht von ſeinem Grundſtücke aus möglich machen kann, an dem Grundſtücke des Nachbars ſtehendes Gebäude vom Grund und Bo-

---

23) L. ult. D. finium regundorum. (10. 1.) Göſchen a. a. O. Bd. 2, Buch 2, §. 226, S. 25 flg.

24) L. ult. §. 1. C. de servitutib. (3. 34.)

25) L. 12 u. 13. C. de aedificiis privat. (8. 10.)

26) L. 17. §. 2. D. si servit. vindicet. (8. 5.) L. 24. §. ult. D. de damno infect. (39. 2.)

27) Mittermaier, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes §. 167 (149).

28) Vgl. Scholz III. a. a. O. S. 166.

29) Man vgl. über alles Vorſtehende Göſchen a. a. O.

30) Vgl. Scholz III. a. a. O. S. 168.

den ſeines Nachbars aus wiederherſtellen zu dürfen[31]). Der Nachbar muß[32]) hiernächſt häufig zur Anlegung der Gerüſte und Leitern auf ſeinem Grundſtücke Raum (nach manchen Particularrechten: $1\frac{1}{2}$ Fuß) laſſen — Leiterrecht —, doch darf der Bauherr ſich dieſes Rechtes (eines ius in re) blos dazu und zu keinem anderen Gebrauche bedienen, da er dadurch kein Eigenthum erhält[33]). Im allgemeinen und da, wo nicht beſondere Baugeſetze, Obſervanzen oder Verträge ein Anderes beſtimmt haben, kann, den Bauherrn in Bezug auf das Nachbarrecht betrachtet, Jeder auf dem Grundſtücke, auf dem ihm das Baurecht zuſteht und innerhalb der Grenzen deſſelben ſo hoch und dem Nachbar ſo nahe, alſo ſo hart auf die Grenze[34]) bauen, auch ſo viele Oeffnungen und Fenſter in ſeinem Gebäude anlegen, als er will. Doch darf er dabei, wenn ihm nicht dießfallſige Landesgeſetze oder beſonders erworbene Rechte zur Seite ſtehen, nicht außer Augen laſſen, daß dem Nachbar weder die Luftſäule über deſſen Grund und Boden (z. B. durch überragende Simſe, Erker u. ſ. w.), noch der Raum unter deſſen Grund und Boden (z. B. durch Kellergraben) entzogen oder geſchmälert werden darf, und daß Niemand verbunden iſt, des Anderen Traufenfall — es habe denn dieſer das Recht dazu (Traufrecht) beſtimmt erworben —, Ausgüſſe, künſtlichen Waſſer- oder Unrathsabfluß aufzunehmen. Daher darf der Eigenthümer keine Kanäle, Ausgüſſe, Abzugsgräben, genug! keine künſtlichen Ableitungen ſo führen, daß dadurch Waſſer oder gar Unrath auf das Grundſtück des Nachbars geleitet wird; wohl aber muß dieſer, wenn ſein Grundſtück niedriger liegt, den natürlichen Waſſerabfluß des höher liegenden Grundſtückes aufnehmen[35]). Dieſe allgemeinen Grundſätze finden auch bei den mit eigentlichen Gebäuden gewöhnlich mehr oder minder noch zuſammenhängenden Bauwerken ſtatt, als Planken, wobei jedoch mit der gewöhnlich weiter vortretenden Grundmauer und den etwaigen Strebepfeilern oder Anſchragen die Grenze gehalten werden muß[36]), Staketen[37]), Mauern[38]). Bei allen dieſen wird der

---

31) Hagemann a. a. O. §. 166, S. 295. Scholz III. a. a. O. S. 159 flg. Maurenbrecher, Lehrbuch des teutſchen Privatrechtes Bd. 1, §. 263.

32) Proſch, die Rechte der Nachbarn (Schwerin 1826), S. 76 flg.

33) Ueber alle dieſe rein teutſch-rechtlichen Inſtitute vgl. Mittermaier a. a. O.

34) Doch ſollen, nach dem ſächſiſchen Landrechte lib. II., Art. 41 und ſächſ. Weichb. Art. 121, Oefen, Heimlichkeiten und Sprachkammern drei Fuß vom Zaune ſtehen. Scholz III. a. a. O. S. 164. Auch wird die Anſicht von vielen Rechtslehrern vertheidigt, daß, da teutſche und römiſche Geſetze eine gewiſſe Entfernung benachbarter Gebäude von einander fordern, ein Neubauender überall wenigſtens ſo viel Platz laſſen müſſe, daß der Nachbar ſein Gebäude repariren könne. Bülow und Hagemann, praktiſche Erörterungen Bd. 1, S. 186 flg. Scholz III. a. a. O. S. 165 flg.

35) Rückſichtlich dieſer allgemeinen Grundſätze vgl. Scholz III. a. a. O. §. 62, S. 158 flg.

36) Scholz III. a. a. O. §. 65, S. 171.

37) Ebendaſ. §. 66, S. 173.

38) Ebendaſ. §. 67, S. 174.

Waſſerabfluß, die Abdachung auch, inwiefern Nägel darin, die Spitzen der letzteren (mit wenigen Ausnahmen, namentlich bei den Anſchragen) nach der Seite des Eigenthümers, die ſogen. Bundſeite, die behauene Seite der Steine nach dem Nachbar zu gerichtet und es nimmt der Eigenthümer, wenn die Anſchragen nicht abwechſelnd auf beiden Seiten ſind, dieſelben gewöhnlich auf ſeine Seite — Alles Kennzeichen des Eigenthums dieſer Bauwerke, wenn darüber Streit entſteht.

Den eben erwähnten allgemeinen Principien unterliegen auch Kanäle, Brunnen, Keller, Backöfen, Bade-, Garten- und Luſthäuſer, ſelbſt Laubengänge[39]).

Allein außer den gewöhnlichen Nachbarrechtsgrundſätzen ſind gewiſſe Bauwerke und Gebäude im engeren Sinne, weil ſie dem Leben und der Geſundheit der Nachbarn gefährlich ſind, rückſichtlich ihrer Anlage, noch beſonderen Beſchränkungen, namentlich der Vorſchrift einer noch weiteren Entfernung von Nachbargebäuden, als das gewöhnliche Nachbarrecht erfordert, unterworfen. Dahin gehören Gottesäcker (Kirchhöfe, Friedhöfe, ſ. den Art. Kirchen- und Schulbaue), Gasbeleuchtungsanſtalten, Magazine für feuergefährliche Gegenſtände (z. B. Pulvermagazine), Abdeckereien u. ſ. w. Sie alle, obgleich eine ſpecielle gemeinrechtliche Vorſchrift darüber nicht exiſtirt, müſſen — das Recht dieß zu verlangen, ſteht nach allgemeinen geſetzlichen Beſtimmungen jedem Nachbar zu — ſo weit vom Nachbargebäude entfernt bleiben, daß der durch ſie mögliche Schade das Nachbargebäude, dem gewöhnlichen Gange der Sache nach, nicht treffen kann[40]). Inwiefern Dampfmaſchinen[41]) durch den Nachtheil, den ſie durch ihren Dampf den Nachbargebäuden bringen, mindeſtens den Grundſätzen über vorſtehende Gebäude analog, in der Anlage zu behandeln ſind, darüber haben ſich beſtimmte Principien noch nicht feſtgeſtellt. Vorzügliche Schwierigkeiten aber bietet die Anlage von Mühlen jeder Art, namentlich der Waſſer-, auch der Schiffsmühlen dar (ſ. den Art. Mühlenrecht).

Die vorſtehenden Grundſätze erleiden übrigens weſentliche Modificationen, ſowohl durch die teutſch-rechtlichen, als römiſch-rechtlichen Servituten und zwar die der praediorum urbanorum[42]). Im allgemeinen auf den Artikel Servituten verweiſend, mögen nachfolgende Andeutungen, mit Angabe einiger literäriſcher Hilfsmittel, einſtweilen bis zum Erſcheinen jenes Artikels ausreichen. Schon wird das Bauen auf dem Eigenthume dann in mancher Hinſicht beſchränkt, wenn der Eigenthümer auf dem zu bebauenden Areal das Recht der Baufrohne[43]) hat (ſ. d.

39) Scholz III. a. a. O. §. 68 flg., S. 177 flg.
40) Scholz III. a. a. O. §. 69a, S. 180 flg.
41) Ebendaſ. §. 69b, S. 186.
42) Glück a. a. O. §. 622, S. 25.
43) Obgleich, quia nulla servitus consistit in faciendo, der Anſicht nicht huldigend, welche die Frohnen als servitutes iuris germanici anſieht, gedenken wir doch der Baufrohnen hier wegen der nicht zu leugnenden Aehnlichkeit mit gewiſſen (wenn gleich ländlichen) Servituten.

Art. Frohnen und Dienſte S. 407 flg.). Indeß werden die Nachtheile dieſer Beſchränkungen durch die Vortheile der Baufrohnen weit überwogen. Nicht ſo iſt es bei den eigentlichen Servituten[44]), inwiefern der Bauherr nicht Eigenthümer des herrſchenden Grundſtückes iſt; und ſelbſt in dieſem Falle iſt die Servitut in der Regel Folge eines beſchränkten Raumes und daher nur ein Nothbehelf zur Verbeſſerung vorhandener Mängel. Zunächſt erinnernd an diejenigen Servituten, auf welche bereits in Vorſtehendem gedeutet worden iſt, das Hammerſchlags- und Leiterrecht, inwiefern es als Servitut erſcheint (ſ. o. S. 454 u. 455), das Fenſter- und Lichtrecht[45]) (servitus luminum s. fenestrarum et ne luminibus officiatur[46]), ſ. o. S. 454 u. 455), womit das Ausſichtsrecht[47]) (servitus prospectus et ne prospectui officiatur[48])) zuſammenhängt, das Höherecht[49]) (servitus altius tollendi v. non tollendi[50]), ſ. o. S. 454), das Ueberbaurecht[51]) (servitus proiiciendi et protegendi[52]), ſ. o. S. 455), das Traufrecht, Traufenfall[53]) (servitus stillicidii[54]), ſ. o. S. 455), ſind hier auch das Rauchfangsrecht und das Abzuchtsrecht[55]) (servitus fumi immittendi, cloacae et latrinae[56]), ſ. o. S. 455) zu erwähnen. Schon bei der letztgedachten Servitut iſt die Frage, wer die Vorrichtungen zu Ausübung derſelben zu bauen und im baulichen Weſen zu erhalten habe, öfter aufgeworfen worden. Doch iſt wohl darüber jetzt kein Streit mehr, daß dieſe Verpflichtung dem Eigenthümer des herrſchenden Grundſtückes obliegt, zu deſſen Nutzen die Vorrichtung angelegt iſt, ſo wie dieſer auch das jener Verpflichtung entſprechende Recht hat, daher ihn der Eigenthümer des dienenden Grundſtückes nicht an dergleichen Bauen hindern darf[57]). So wird auch die Streitfrage bei allen übrigen behufs der Ausübung einer Servitut nöthigen Bauwerken zu beantworten ſein, mit Ausſchluß des Tragrechtes[58]) (servitus oneris ferendi[59])) — hier insbeſondere nicht zu verwechſeln mit dem Träger-, Tram- oder Balkenrechte[60]) (servitus tigni immit-

---

44) Scholz III. a. a. O. S. 187. Maurenbrecher a. a. O.

45) Scholz III. a. a. O. §. 76, S. 201. Maurenbrecher a. a. O.

46) Glück a. a. O. Th. 10, §. 670, S. 93 flg. Pfeiffer, praktiſche Ausführungen Bd. 4, Nr. I, S. 3 flg. Gebrüder Overbeck, Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien Bd. 9, Medit. 480, S. 275 flg.

47) Scholz III. a. a. O. §. 77, S. 203.

48) Glück a. a. O. §. 672, S. 127.

49) Scholz III. a. a. O. §. 75, S. 200. Maurenbrecher a. a. O.

50) Glück a. a. O. §. 669, S. 77 flg.

51) Scholz III. a. a. O. §. 73, S. 193.

52) Glück a. a. O. §. 668, S. 74 flg.

53) Scholz III. a. a. O. §. 74, S. 197 flg.

54) Glück a. a. O. §. 671, S. 123 flg.

55) Scholz III. a. a. O. §. 78, S. 204.

56) Glück a. a. O. §. 673, S. 130 flg.

57) Glück a. a. O. §. 661, S. 14 flg. u. §. 666, S. 64 flg.

58) Scholz III. a. a. O. §. 71, S. 190.

59) Glück a. a. O. §. 661, S. 13 flg. Polack a. a. O. S. 217.

60) Scholz III. a. a. O. §. 72, S. 191. Polack a. a. O. S. 116.

tendi[61])). Bei erſteren iſt die Frage, ob der Eigenthümer des herrſchenden oder dienenden Grundſtückes die Mauer in baulichem Stande zu halten habe, von welcher die Laſt getragen werden muß, Gegenſtand vieler Streitigkeiten geweſen. Doch haben ſie endlich zu dem jetzt wohl ziemlich unbeſtrittenen Reſultate geführt, daß auch hier dem Herrn des herrſchenden Grundſtückes die Verbindlichkeit zur Reparatur der fraglichen Mauer obliege, daß aber, wenn bei Errichtung dieſer Servitut der Herr des dienenden Grundſtückes die Verpflichtung zur Erhaltung der Mauer übernommen hat, dann auch jeder Nachfolger im Eigenthume des dienenden Grundſtückes ſich dieſer Verpflichtung nicht entbrechen kann[62]), wenn er nicht Letzteres ins Freie geben will[63]). Die dießfalls anzuſtellende actio confessoria kann jedoch nicht wider jeden Beſitzer, ſondern nur wider den Eigenthümer des dienenden Grundſtückes mit Effect angewendet werden[64]).

Wenn der Nichteigenthümer auf fremdem Boden baut, ſo muß er, falls ihm das Recht dazu zuſteht, das Alles auch berückſichtigen, was nach Vorſtehendem der Eigenthümer dabei zu berückſichtigen hat. In der Regel iſt jedoch der Nichteigenthümer zum Bauen gar nicht berechtigt, vielmehr iſt er, wenn er dieß wiſſentlich thut, ſeines Materials verluſtig[65]), es wäre denn, daß der Eigenthümer das Bauen zeitig genug erfahren und dazu ſtille geſchwiegen hätte[66]). Iſt der Bauende hingegen in bona fide und im Beſitze des Gebäudes[67]), ſo kann er dieſes ſo lange (iure retentionis) behalten und ſich gegen die Klage des Eigenthümers durch die exceptio doli mali ſchützen, bis ihm die Baukoſten erſetzt ſind[68]). Auf dieſe hat er jedoch keine Klage; es möchte ſich auch ſchwerlich behaupten laſſen, daß er, bis zur Bezahlung der Erſteren, eine Klage auf den Beſitz des Gebäudes hätte, wenn der Eigenthümer ſich in den Beſitz des Gebäudes geſetzt haben ſollte[69]). Bei der künftigen Lostrennung des eingebauten Materials aus dem Gebäude aber wacht das Vindicationsrecht des Materialieneigenthümers wieder auf[70]); auch hat er, ſo weit es ohne Nachtheil des Grundeigenthümers geſchehen kann, das Recht, ſein Material wegzunehmen (ius tollendi[71])). Außerdem

---

61) Glück a. a. O. §. 667, S. 73.

62) L. 6. §. 2. D. si servit. vindicetur. (8. 5.)

63) L. 6. §. 2. in fine D. eod.

64) L. 6. §. 3. eod. u. L. 1. §. 1. D. de servitutib. praed. urb. (8. 2.) Glück a. a. O. §. 661, S. 26 flg., §. 667, S. 71 flg. Polack a. a. O. S. 223 flg.

65) §. 30. J. de rerum divis. (2. 1.) L. 7. §. 12. D. de acquir. rer. dominio. (41. 1.)

66) L. 43. de reg. iur. in 6to.

67) L. 14. D. de doli mali except. (44. 4.)

68) L. 7. §. 12. cit.

69) Gegen Scholz III. a. a. O. §. 14, Nr. 2, S. 30.

70) L. 7. §. 12. cit.

71) L. 37. D. de rei vindicatione. (6. 1.) Hierüber ſowohl, als über dieſe Materie im allgemeinen vgl. Schweppe a. a. O. §. 263, S. 118. Scholz III. a. a. O. §. 8, Note 1, S. 17; §. 14, S. 14 flg.

aber wird der Eigenthümer des Grundſtückes durch das Einbauen fremder Materialien dergeſtalt Eigenthümer dieſer letzteren, auch des dadurch erbauten Gebäudes, daß, bevor das Gebäude wieder eingeriſſen wird, dieſe Gegenſtände ihm ohne ſeine Zuſtimmung nicht wieder genommen werden können[72]). Doch verſteht ſich dieß nur von unbeweglichen Gebäuden, nicht aber von beweglichen, wie ſie das römiſche Recht bezeichnet[73]), obgleich die Anwendung der römiſchen Vorſchriften über bewegliche Gebäude in Teutſchland manchem Zweifel unterlegen hat[74]). Ein gewiſſes Baurecht haben aber auch einige Nichteigenthümer, namentlich der Nutznießer, worunter hier nicht blos der Uſufructuar im eigentlichen Sinne, ſondern auch der verſtanden wird, dem usus aedium und habitatio (ſ. den Art. Servituten) zuſteht, da die dießfallſigen Rechtsgrundſätze in Beziehung auf Gebäude beinahe ganz gleich ſind. Der einzige Unterſchied beſteht rückſichtlich der Reparaturkoſten, welche beim usus aedium der Eigenthümer ganz tragen muß, wenn er den fructus hat und der Uſuar nur dann, wenn für den Eigenthümer gar kein Nutzen übrig bleibt[75]). Baut der Nutznießer, ſo kann er dadurch an den Gebäuden keine anderen Rechte erlangen, als ihm an dem Grundſtücke überhaupt zuſtehen, auf welchem er baut. Und da einerſeits die Gebäude zu dem Boden gehören, auf dem ſie erbaut ſind, ſie aber andererſeits für den Nutznießer Mittel zur Benutzung des Grundſtückes ſind; ſo erlangt zwar der bauende Nutznießer durch den Bau kein Eigenthum an den Gebäuden, kann ſie nicht für ſich behalten und nach Gefallen darüber disponiren, z. B. blos zum Vergnügen ihm eingeräumte Gebäude (aedificia voluptaria) in nutzbare (aedificia fructuosa), z. B. Magazine in Wohnzimmer, verwandeln und umgekehrt; vielmehr kann nur angenommen werden, der Nutznießer baue für den Eigenthümer. Dieſer darf ihm jedoch nicht wehren, die zur Erlangung der Nutznießung nöthigen Gebäude, als Mittel zum Zwecke, z. B. Scheunen, Ställe, Einzäunungen u. ſ. w. zu errichten, auch ſolche, wenn ſie während der Nutzungszeit untergegangen ſind, wieder herzuſtellen, ſie mindeſtens, welches ſogar ſeine Obliegenheit iſt, in baulichem Stande zu erhalten. In der Regel beſchränkt ſich das Baurecht des Nutznießers blos auf das Erhalten der Gebäude (tueri). Geſtattet iſt ihm geſetzlich auch, ſolche leicht hinwegzunehmende fliegende Gebäude, gebäudeähnliche Vorrichtungen (Voluptuoſen), welche der Römer nach Obigem zu den Mobilien gerechnet haben würde, zu bauen[76]), auch leicht zu entfernende Zierrathen an den wirklichen Gebäuden anzu-

---

72) L. 59. D. de rei vind. (6. 1.) L. 2. C. eod. (29. 32.) Glück a. a. O. Th. 8, §. 589, S. 249 flg. Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römiſchen Rechtes §. 249. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes Buch 2, Cap. 2, §. 139 (56). Göſchen a. a. O. Bd. 2, Buch 2, §. 271, S. 151. Scholz III. a. a. O. §. 10, S. 23.

73) L. 60. D. de acquir. rer. domin. (41. 1.) Glück a. a. O. S. 250.

74) v. Hohnhorſt, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim, Jahrg. 2, S. 292.

75) L. 18. D. de usu et habitatione. (7. 8.)

76) Scholz III. a. a. O. §. 10, S. 22.

bringen und wieder wegzunehmen. Aber er darf durchaus nichts vornehmen[77]), wodurch die ihm zur Benutzung gegebene Superficies geändert wird, daher nicht einmal ein angefangenes Gebäude vollenden[78]). Aehnlich und zum Theil gleich ſind die Verhältniſſe der Zeit- und Erbpachter, Miethleute, Zins- und Meiergutsbeſitzer rückſichtlich des Baurechtes, da ihr Recht überall in der Hauptſache auf eine für Bezahlung ihnen zugeſtandene zeitige oder immerwährende Nutznießung ſich reducirt. Namentlich dürfen auch der Pachter und Miethmann zur beſſern Benutzung der ihnen überlaſſenen Grundſtücke obenerwähnte gebäudeähnliche Vorrichtungen machen, die ſie am Ende ihrer Pachtzeit wieder wegnehmen, ſo wie ſie überhaupt auf die ihnen verpachteten oder vermietheten Grundſtücke keine über ihre Pacht- oder Miethzeit hinausgehenden Verbindlichkeiten übernehmen dürfen. Ausgedehnter iſt das Baurecht der Erbpachter, Colonen, Zins- und Meiergutsbeſitzer, da die ihnen zuſtehende Gutsbenutzung nicht blos auf ihre Perſon und auf einige Zeit beſchränkt iſt, ſondern bei ihren Familien bleibt. Sie ſind daher häufig in ihren Baudispoſitionen beinahe gar nicht beſchränkt, außer daß ſie in der Regel bei Uebernahme ihrer Güter ſich noch beſonders verpflichten, ſie in gutem baulichen Stande zu erhalten und daß häufig der Grundherr in den Colonats-, Meierbriefen u. ſ. w. ſich vorbehalten hat, daß bei Bauen ſeine Genehmigung eingeholt werden muß[79]). Am ſchwierigſten iſt die Sache bei Lehengütern. Abgeſehen von dem Obereigenthumsrechte des Lehenherrn, treten auch noch die Rechte der Landerben gegen die aus der Mitbelehenſchaft, ex pacto et providentia maiorum ſuccedirenden Lehenerben hier in die Mitte. Im allgemeinen hat dieß Verhältniß Aehnlichkeit mit dem bei Meier- und Zinsgütern, inwiefern nutzbares und Obereigenthum getrennt ſind; indeß wird dieſe Aehnlichkeit durch die beſonderen lehenrechtlichen Verhältniſſe, namentlich durch die Lehensſucceſſion ſehr gemindert. Der Vaſall hat in der Regel nur die Verpflichtung, die zum Lehen gehörigen Gebäude in bezüglich anſtändig wohnbarem und wirthſchaftlich nutzbarem Stande zu erhalten; Verbeſſerungen liegen nicht in ſeiner Verpflichtung. Von dieſen muß in der Regel der Lehensnachfolger das, was wirklich zur Verbeſſerung des wirthſchaftlichen Gebrauches und zur anſtändigeren Bewohnung dient, inwiefern es nicht rein Gegenſtand des Luxus iſt, um den Taxwerth annehmen; rückſichtlich des Uebrigen haben die Allodialerben das ius tollendi (ſ. o. S. 458)[80]). Die Hauptſchwierigkeit iſt aber dabei ſtets[81]), ob ein Gebäude zum Lehen oder Erbe

---

77) L. 61. D. de usufructu etc. (7. 1.)

78) Ueber Alles dieß vgl. Glück a. a. O. Th. 9, §. 635, S. 234, 246, 250, §. 635b, S. 254, §. 650, S. 453, §. 652, S. 459. Scholz III. a. a. O. §. 13, S. 27, §. 20, S. 55 flg.

79) Scholz III. a. a. O. §. 13, S. 27, §. 23, S. 64, §. 32, S. 87, §. 33, S. 88, §. 34, S. 91, §. 36a, S. 94.

80) Nach II. Feud. 28. §. 2. Scholz III. a. a. O. §. 39, S. 110 flg., §. 40, S. 114.

81) Hagemann und Günther, Archiv für die Rechtsgelehrſamkeit Th. 3, S. 104, Th. 4, S. 58.

gehöre. Auf die Gebäude des Lehens kann übrigens der Lehenmann keine läſtigen Servituten übernehmen, wohl aber kann er daſſelbe von ſolchen frei machen, oder vortheilhafte dafür erwerben. Am ſtrengſten ſind alle dieſe, den Lehengütern eigenen Grundſätze bei Fideicommißgütern zu beobachten[82]).

Die Eigenthümer der bereits ſtehenden Gebäude ſind in Bezug auf dieſelben mehrfachen Verpflichtungen unterworfen. Vor allen Dingen dürfen die Gebäude, wenn auch der Eigenthümer das volle Eigenthumsrecht daran hat, doch nicht dem Einfallen Preis gegeben werden, wenn dadurch dem Dritten ein Schade geſchehen kann. Schon das römiſche Recht gab demjenigen, deſſen Grundſtücken durch ein ruinoſes Gebäude eines Dritten Schade drohte, eine actio in factum auf Beſtellung einer cautio de damno infecto dafür, daß demſelben der drohende Schade, im Falle er wirklich einträte, erſetzt werden ſolle. Gegen den Eigenthümer der ruinoſen Sache, der ſich der Caution weigerte, wurde mit immissio des Klägers und endlich mit gänzlicher Ausweiſung des Beklagten verfahren. Jetzt iſt das kürzere, leichtere und daher allgemein übliche Mittel eine Imploration an die Polizeibehörde, welche durch Strafpräcepte den Eigenthümer der ruinoſen Sache zu deren Reparatur, mindeſtens bis zur Verhütung eines Schadens, anhält und, iſt dadurch nicht zum Zwecke zu kommen, jene Reparatur auf ſeine Koſten vornehmen läßt[83]). Beſonders ſind in den Geſetzen die von einem Brandſchaden betroffenen Gebäude berückſichtigt und deren Wiederherſtellung begünſtigt. Wird ein Gebäude, ohne vom Feuer noch ergriffen zu ſein, niedergeriſſen, um dem Feuer Einhalt zu thun, ſo ſind die, welche dieß bewirken, zum Erſatze des Gebäudewerthes nicht verbunden[84]). Dagegen muß, wenn ein Dritter das Wiederkaufsrecht um einen gleich anfangs beſtimmten oder um den zuletzt dafür bezahlten Preis an einem Gebäude ausübt, dem Wiederverkäufer der Koſtenaufwand vergütet werden, den er wegen Wiederherſtellung des Gebäudes gehabt hat, wenn es während der Dauer ſeines Eigenthumsrechtes abgebrannt war. Endlich dauert bei verpfändeten Gebäuden das Pfandrecht an der Brandſtätte in der Maße fort, daß es auch an dem neu darauf aufgerichteten Gebäude wieder auflebt[85]). Dieſe, ſo wie alle auf andere Art vernichtet geweſenen Gebäude ſind rückſichtlich des zu ihrer Wiederherſtellung nöthigen Aufwandes mehrfach begünſtigt. Die nach römiſchem Rechte ſonſt in der Regel ungiltigen Schenkungen unter Eheleuten ſind giltig, wenn das Geſchenk zur Wiederherſtellung eines ſolchen Gebäudes gegeben, ſo weit es nämlich darauf wirklich ver-

82) Scholz III. a. a. O. §. 45a, S. 129, §. 46, S. 131.

83) Lauterbach, collegium theoret. pract. lib. XXXIX. tit. II. §. 26. v. Berg a. a. O. Th. 1, Buch 3, Abſchn. 1, Hauptſt. 4, S. 323, Thibaut, Syſtem des Pandektenrechtes §. 585. Hagemann a. a. O. §. 428. Glück a. a. O. Th. 8, §. 577, S. 74 und Th. 18, §. 1080 S. 264 flg. Scholz III. a. a. O. §. 62, S. 161.

84) L. 49. §. 1. D. ad Leg. Aquil. (9. 2.)

85) Glück a. a. O. Th. 10, §. 700, S. 328, Th. 16, §. 999, S. 222, Th. 19, §. 1105, S. 436. Scholz III. a. a. O. §. 135, S. 372.

wendet wurde[86]). Ein ſolches Geſchenk bedarf auch, wenn es gleich die geſetzliche Inſinuationsſumme (über 500 solidi) erreicht, doch der gerichtlichen Inſinuation nicht[87]). Ja ein zur Wiederaufbauung vernichteter Gebäude gegebenes Darlehen genießt einer geſetzlichen Specialhypothek, wenn es in baarem Gelde beſteht, dem Bauherrn ſelbſt, nicht etwa dem Accordmeiſter, und zwar ausdrücklich zum Zwecke der Wiederaufbauung dargeliehen, dazu verwendet — doch braucht nicht über das ganze Detail der Verwendung ein ſtrenger Beweis geführt zu werden[88]) — und zur Zeit der Rückforderung des Anlehens das Gebäude noch vorhanden iſt[89]). Während übrigens den Beſitzern der Brandſtätten durch freiwillige und gezwungene Feueraſſecuranzanſtalten (ſ. den Art. Verſicherungsanſtalten) zu Hilfe gekommen wird, enthalten die mehreſten Landesgeſetze über die Wiederaufbauung der eingeäſcherten Gebäude, zu Verhütung einer künftigen Feuersbrunſt und zu Erlangung regelmäßiger, beſonders auch breiterer Straßen namentlich in den Städten, ſolche Polizeigeſetze, durch welche häufig der Brandbeſchädigte genöthigt iſt, durch Abbauen von den Gebäuden des Nachbars, Vor- oder Zurückrücken ſeiner Gebäude, Einnahme einer ganz anderen Brandſtelle u. ſ. w. entweder mittelſt Tauſches, oder gar gegen Vergütung ſich ſeines zeitherigen Grundeigenthums ganz zu entäußern[90]). Für die Reparatur ruinoſer Gebäude iſt auch durch die Verordnung in den Geſetzen geſorgt, daß der Miethmann ausziehen muß, wenn der Eigenthümer eine außerdem nicht thunliche Reparatur in dem vermietheten Gebäude vornehmen will[91]) — eine Ausnahme von den übrigen Vorſchriften über die Heiligkeit der Verträge, die nur in dem Falle bei Gebäudevermiethung noch vorkommt, wenn der Vermiether ſein Grundſtück unerwarteter Weiſe zum eigenen Gebrauche nicht mehr entbehren kann. Ueberhaupt ſind die Geſetze über Gebäudevermiethung für deren Erhaltung gut berechnet. Nicht nur muß der Vermiether das Gebäude in brauchbarem Zuſtande überliefern und darin während der Miethzeit, neben der ihm obliegenden Tragung aller auf dem Gebäude ruhenden Laſten, ſo, daß der Abmiether den bezweckten Gebrauch davon machen kann, erhalten, ſondern er muß auch, wenn nicht ein Anderes contractlich bedungen iſt, dem Abmiether die auf nützliche, dem Vermiether bleibende, oder mit deſſen Einwilligung gemachte Reparaturen verwendeten Koſten erſetzen. Dieſer hingegen hat weder die ohne ſeine Schuld das vermiethete Gebäude treffenden Unglücksfälle zu tragen — casum sentit dominus — noch die durch den bloßen Gebrauch

---

86) L. 14. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 6.) Glück a. a. O. Th. 26, §. 1253b, S. 32.

87) Glück a. a. O. §. 1257a, S. 210.

88) Hagemann und Bülow, praktiſche Erörterungen Bd. 4, S. 455.

89) L. 1. D. in quib. causis pignus v. hyp. tacite contrah. (20. 2.) Glück a. a. O. Th. 19, §. 1087b, S. 1 flg. und §. 1094, S. 288.

90) Scholz III. a. a. O. §. 142, S. 392.

91) L. 3. C. de locato conducto. (4. 62.) Glück a. a. O. Th. 4, §. 316, S. 309.

entſtandene Abnutzung der Gebäude zu vergüten. Der Letztere darf aber auch den Vermiether an keiner nothwendigen Reparatur hindern [92]).

Das Gebäuderecht gibt, wie bei einem ſo vieler Benutzung und ſo vielartigen Rechtsvorſchriften unterworfenen Gegenſtand in der Natur der Sache liegt, zu mancherlei Streitigkeiten Veranlaſſung, bei denen Selbſthilfe um ſo weniger rathſam iſt, als nicht nur durch das Recht, ſondern auch durch die Polizei auf viele Art den Bedrängten zu Hilfe gekommen wird [93]). Die Streitigkeiten haben zum Gegenſtande entweder die Zuläſſigkeit eines beabſichtigten oder angefangenen, die Rechtmäßigkeit eines ſchon gemachten Baues — in dieſem Falle mit anderen Privatperſonen oder mit der Polizeibehörde — oder die Frage über einen auszuführenden oder ausgeführten Bau in techniſcher Hinſicht — hier mit den Baugewerken und ſonſtigen Arbeitern [94]). Entſteht bei einem Gebäude Streit über die Grenzen, noch ehe der Bau vollendet iſt, ſo gibt zum dießfallſigen Schutze das römiſche Recht die novi operis nunciatio, welche bei den Römern außergerichtlich geſchah, jetzt hingegen nur als n. o. n. iudicialis bekannt iſt. Sie gehört zu den Interdicten, ſteht jedem zu, der die Errichtung oder Aenderung eines Bauwerkes für unbefugt und ſeinen dinglichen Rechten nachtheilig anſpricht, und geht darauf, dem Imploraten das Fortbauen bei Strafe auf ſo lange zu unterſagen, bis er ſeine Befugniß dazu rechtlich nachgewieſen hat [95]). Späterhin werden die Klagen, nach den Umſtänden, Reivindication, Confeſſorien- oder Negatorienklage, iudicium finium regundorum (deſſen man ſich jedoch nur utiliter bedienen kann), interdictum quod vi aut clam u. ſ. w. ſein [96]). Ja wenn bei der Grenzregulirung von dem Feldmeſſer Fehler zu Schulden gebracht ſein ſollten, würde die actio in factum contra mensorem nach dem prätoriſchen Edicte [97]) utiliter gebraucht werden können [98]). Bei allen Streitigkeiten mit Bauenden geht die Tendenz deſſen, der gegen das Gebäude ankämpft, in der Hauptſache dahin, daß das Gebäude bis zur Unſchädlichkeit abgeändert oder auf Koſten des Bauenden ganz abgetragen werde [99]). Indeß wird es großentheils der Anſtellung rechtlicher Klagen nicht bedürfen, da Geſuche bei der Polizeibehörde dieſe zu den nöthigen Schritten aus polizeilichem Intereſſe veranlaſſen werden. Allein es können Streitigkeiten mit der Polizeibehörde ſelbſt entſtehen,

---

92) Glück a. a. O. Th. 17, §. 1052, S. 374 flg., 380, §. 1053, S. 393 flg. Scholz III. a. a. O. §. 31, S. 83 flg.

93) Hagemann a. a. O. §. 428.

94) Hagemann a. a. O. §. 424.

95) Böhmer, de actionibus sect. II. cap. IV. §. 42. Schmidt, Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden Th. 2, §. 180 flg. Glück a. a. O. Th. 10, §. 685, S 218 flg., §. 718, S. 450. Hagemann a. a. O. Puchta, die gerichtlichen Klagen der Landeigenthümer Abſchn. 2, Cap. 2, §. 54, S. 129, Abſchn. 3, Cap. 6, S. 321, Abſchn. 4, Cap. 1, §. 155, S. 435 flg.

96) Glück a. a. O. S. 450, 451.

97) L. 5. §. 2. D. si mensor falsum modum dixerit. (11. 6.)

98) Glück a. a. O. Th. 11, §. 764, S. 384.

99) Hagemann a. a. O. §. 426.

namentlich darüber, ob dieſelbe das Baurecht in der von ihr beabſichtigten Maße beſchränken könne; ja es können durch Verfügungen der Polizeibehörde dem Gebäudebeſitzer Schäden entſtehen, deren Erſatz er von der Polzeibehörde zu verlangen befugt iſt. In allen dieſen Fällen wird, inwiefern von der Verletzung wirklicher Rechte noch nicht die Rede iſt, zuvörderſt die obere Regierungsbehörde anzugehen, ja ſelbſt in Fällen gekränkter Rechte wird dieß häufig räthlich ſein. Allein es unterliegt in dieſem letzteren Falle auch keinem Zweifel, daß, wenn dieß nicht zum Zwecke führt, der Rechtsweg gegen die Polizeibehörde eingeſchlagen werden kann[100]). Ein ſehr reichhaltiges Feld für prozeſſualiſche Streitigkeiten gewähren die bei Gelegenheit der Baue mit den Handwerkern und anderen Arbeitsleuten entſtehenden Differenzen. Die Hauptentſcheidungsquellen ſind hier die Baucontracte, Bauverträge, Verdingungsverträge[101]), ingleichen die Riſſe und Bauanſchläge[102]), welche jenen oder überhaupt dem Baue zum Grunde gelegt worden ſind. Geben dieſe keine klare Maße, ſo ſtehen an der Spitze der Entſcheidungsnormen die Grundſätze, daß der Baumeiſter und Gewerke für den geringſten Fehler in ſeiner Kunſt, auch, wenn er die Materialien liefert, für deren Güte haftet, hiernächſt den Schaden trägt, wenn das Werk vor der Uebergabe durch Einſturz leidet, falls er nicht auf ausdrückliches Verlangen des Bauherrn, gegen ſeine Remonſtration, dieſem hat nachgeben müſſen[103]). Die Bauſtreitigkeiten werden, beſonders inwiefern es ſich um einen noch nicht vollendeten Bau handelt, wo ſonach oft Gefahr auf dem Verzuge haftet, in der Regel ſummariſch behandelt[104]), vorzüglich pflegt bei ihnen oft proviſoriſchen Verfügungen Raum gegeben zu werden[105]), wenn der Richter durch Localbeſichtigungen und das Urtheil Sachverſtändiger[106]) ſich überzeugt, daß in dem vorliegenden Falle ſolche Interimiſtica, ohne der Hauptſache zu ſchaden, angewendet werden können. Buddeus.

Geburt[1]). In rechtlicher Hinſicht kommt bei der Geburt zunächſt die äußere Bildung der gebornen Leibesfrucht, ſodann die Reife und Zeitigkeit derſelben in Betracht. Was das römiſche Recht in Betreff der

---

100) Strube, rechtl. Bedenken, Spangenberg'ſche Ausg., Bed. 664, §. 26. v. Berg a. a. O. Th. 1, S. 151. Hagemann a. a. O. §. 426. Gönner, Handb. des Proz. Bd. 2, Nr. 26, §. 20. Pfeiffer a. a. O. Th. 3, Nr. X, §. 7, S. 298 flg. Scholz III. a. a. O. §. 17, S. 46 flg.

101) Glück a. a. O. Th. 17, §. 1044, S. 267 flg. Scholz III. a. a. O. §. 148 flg., S. 413 flg.

102) Scholz III. a. a. O. §. 151, S. 424, §. 154, S. 432.

103) Hagemann a. a. O. §. 425.

104) Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. 8, Hft. 1, Nr. IV, S. 128 flg.

105) Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 5, Hft. 1, Nr. VII, S. 107.

106) Hagemann a. a. O. §. 427.

1) Vgl. Gl. Eus. Oeltze, comm. de partu vivo vitali aut non vitali praec. ratione transmissionis hereditatis. Jen. 1768. 4. W. G. Ploucquet, über die phyſiſchen Erforderniſſe der Erbfähigkeit der Kinder. Tübingen 1779. 8.

erſteren ausſpricht: non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur [2]), kann wohl als allgemein giltiger Grundſatz angeſehen werden. Von ſolchen Mißgeburten (monstra, prodigia) werden die ostenta unterſchieden als unförmliche oder verſtümmelte Geburten, bei denen beträchtliche, jedoch zum Leben nicht unentbehrliche Theile fehlen, oder bedeutende Mißbildungen vorhanden ſind, die jedoch die Menſchheit als damit Behaftete nicht zweifelhaft machen [3]). — Für reif und zeitig (gliedmäßig) wird ein Kind erachtet, das nach Ablauf von 10 Mondenmonaten oder 280 Tagen, vom Tage der Empfängniß an, geboren wird. Nicht ſo genau, als dieſen regelmäßigen Verlauf der Schwangerſchaft vermag die ärztliche Wiſſenſchaft den Termin zu beſtimmen, von welchem an eine Frühgeburt (partus praecox) und bis zu welchem eine Spätgeburt (partus serotinus) eintreten kann; die Geſetzgebung hat aber gewiſſe Normaltermine in Bezug auf die Frage über Rechtmäßigkeit einer Leibesfrucht aufgeſtellt. Eine Frühgeburt von 182 Tagen gilt nach gemeinem Rechte [4]), eine von 180 Tagen nach franzöſiſchem Rechte [5]) für rechtmäßig; ebenſo eine Spätgeburt von 10 Monaten nach gemeinem und öſterreichiſchem Rechte [6]), von 300 Tagen nach franzöſiſchem [7]), von 302 Tagen nach preußiſchem Rechte [8]). Hieraus ergibt ſich über die Präſumtion der Rechtmäßigkeit, im beſonderen Falle der Ehelichkeit des Kindes, daß, wenn eine Frau im 11. Monate (oder bezüglich nach dem 300., 302. Tage) nach Trennung der Ehe gebärt, das Kind eben ſo wenig für ein aus der Ehe ſtammendes gilt, als wenn ſie vor dem 182. (bezüglich 180. Tage), von Abſchluß der Ehe an gerechnet, ein reifes Kind zur Welt bringt. Die Reife der Geburt kommt hier inſofern in Betracht, als eine vor dem Ablaufe des 7. Monates, alſo vor dem 210. Tage geborne Leibesfrucht nach Grundſätzen der ärztlichen Wiſſenſchaft zum fortgeſetzten Leben unfähig iſt, wenn ſie gleich vielleicht lebend zur Welt kommt und eine kurze Zeit fortlebt (partus virus, sed non vitalis), ein Termin, der in favorem partus oder matrimonii noch nach dem oben Geſagten durch die Geſetze verkürzt worden iſt. Der Beweis, daß das Kind wirklich gelebt habe, ſollte nach dem ſächſ. Landrechte [9]) dadurch geführt werden, daß es die vier Wände beſchrieen habe; allein nach heutigem gemeinen Rechte [10]) genügen auch andere Lebenszeichen. — Die obigen Präſumtionen, die natürlich nur unter gewiſſen factiſchen Vorausſetzungen eintreten, und daher einen auf

---

2) L. 14. D. de statu hom. (1. 5.)
3) Hanke, Lehrbuch der ger. Medicin §. 73.
4) L. 12. D. de statu hom. (1. 5.) L. 3. §. 12. D. de suis et legit. hered. (38. 16.)
5) Code Nap. livre I. tit. VII. art. 314.
6) Nov. 39. c. 2. Allg. bürg. Geſetzbuch für die öſterr. Staaten Cap. 3, §. 138.
7) Code Nap. livre I. tit. VII. art. 315.
8) Allg. Geſetzbuch für die preuß. Staaten Bd. 3, S. 143, §. 19.
9) Buch 1, Art. 33.
10) Wie ſchon nach Const. 3. C. de post. hered. (6. 29.)

den Mangel der letzteren (Impotenz, Abweſenheit u. ſ. w.) geſtützten Gegenbeweis zulaſſen, leiden auch bei Erörterung der Alimentationspflicht unehelicher Kinder analoge Anwendung, inſofern dieſelben termini nativitatis nach gemeinem Rechte auch hier feſtgehalten zu werden pflegen und daher die Verbindlichkeit des Stuprators zur Verpflegung des Kindes wegfällt, wenn bewieſen wird, daß er vom Anfange des 10. bis Ende des 7. Monates vor der Niederkunft mit der Mutter des Kindes nicht concumbirt habe. Doch iſt letzteres, ſo wie die Frage, ob nicht auch ein am 1. oder 2. Tage des 11. Monates nach getrennter Ehe gebornes Kind für ehelich zu halten ſei, nicht ganz unbeſtritten[11]). S—r.

Geiſtliche. (Allgemeine Rechte und Pflichten der Geiſtlichen.) Nach einer Grundanſchauung der katholiſchen Kirche iſt von Chriſtus ein beſonderer Stand eingeſetzt, welchem die Kirchengewalt nach ihren verſchiedenen Richtungen anvertraut iſt. Dieſer Stand, dem in heiligem Gehorſam das Volk der Gläubigen unterthan ſein muß, weil die Schlüſſel des Himmelreichs in ſeine Hand gelegt ſind, iſt der Clerus. Er begreift in ſich die Hierarchie der Jurisdiction, die von den Biſchöfen und deren Gehilfen anhebend in dem Pabſte, als ihrem Gipfelpunkte, ſich abſchließt, und die Hierarchie der Weihe, welche die Biſchöfe und einfachen Prieſter und die mit dem Miniſterium betrauten Diaconen, Subdiaconen, Akoluthen, Exorciſten, Lectoren und Oſtiarien umfaßt. Die Entfaltung ſeines Begriffes in der Geſchichte nachzuweiſen, iſt hier noch nicht am Orte, es wird dieſes vielmehr da geſchehen müſſen, wo es gelten wird, die Verfaſſung der katholiſchen Kirche im Zuſammenhange zu entwickeln. Wohl aber mußten wir ſeine erhabene Stellung in der kirchlichen Lebensordnung ſchon jetzt bezeichnen, weil ſie die großen Rechte bedingt hat, welche darzuſtellen die Aufgabe dieſes Artikels iſt.

Viele der letzteren hat aus den früheren Zuſtänden auch das Recht der evangeliſchen Kirche beibehalten. Im Grunde waltet jedoch zwiſchen ihm und dem canoniſchen Rechte ein weſentlicher Unterſchied ob. Nach dem letzteren verleiht die Ordination dem Cleriker jene ſpecifiſche Verſchiedenheit von den gemeinen Gliedern der Kirche, jene abſolute Erhabenheit, in deren Folge er in einen Kreis von Rechten eintritt, die ihm nie wieder entzogen werden können, wenn er nicht durch einen Spruch des Biſchofs degradirt wird. In der evangeliſchen Kirche iſt es dagegen das Amt, welches durch jene Rechte geehrt werden ſoll, weßhalb mit dem dienſtlichen Verhältniſſe regelmäßig auch der Genuß derſelben endet. Und weiter: wenn die katholiſche Kirche jene Rechte als ihr mit ihrer Verfaſſung verliehen in Anſpruch nimmt, ſo führt die evangeliſche Kirche dieſelben auf die Verleihung des Staates zurück; ſie ehrt alſo dankbar das Wohlwollen des letzteren, anſtatt in ſeinen Verwilligungen nur einen ſchuldigen Tribut zu erkennen, deſſen Verweigerung ſie dann als ein Gott ſelbſt zugefügtes Unrecht zu beklagen hätte.

---

11) S. Glück, Pandektencommentar Bd. 28, §. 1288a, S. 186, und wegen der zweiten Frage Leyser, Meditat. spec. XV. med. 1.

I. Die allgemeinen Rechte der Geiſtlichen.

1) Der hohe Rang der Cleriker in der kirchlichen Ordnung iſt durch das ſogen. privilegium canonis anerkannt und geſichert. Schon die germaniſchen Volksrechte ordnen für die Tödtung oder Mißhandlung der Geiſtlichen von dem Subdiacon aufwärts die Erlegung eines höheren, mit dem Ordo ſelbſt aufſteigenden Wehrgeldes an [1]), und die Synoden des neunten Jahrh. bedrohen daſſelbe Vergehen mit dem Banne und den ſchwerſten Büßungen [2]). Dieſe letztere Verfügung wurde ſpäter, als die Lehren des Arnold von Brescia dem Clerus gefährliche Feinde zu wecken drohten, durch das zweite Concil vom Lateran (1139) [3]) mit dem Zuſatze wiederholt, daß die Excommunication nur von dem Papſte aufgehoben werden ſollte. Hierbei blieb jedoch die Rechtsentwickelung nicht ſtehen. Zunächſt war nämlich unter der Excommunication, mit welcher in dem angeführten Canon die percussores clericorum bedroht ſind, nur eine ſogen. excomm. ferendae sententiae verſtanden, es waren alſo, wie bei jeder anderen Strafe, die Unterſuchung und der Spruch des Richters nothwendige Vorausſetzungen ihrer Anwendung [4]). Dagegen erſcheint ſie ſchon in dem Rechte der Decretalen als ſogen. exc. latae sententiae [5]), welche ſofort mit der bedrohten That eintritt, und dieſes blieb fortan das geltende Recht. Ihm unterliegen die Geiſtlichen ebenſo wie die Laien; weſentliche Bedingung ſeiner Bethätigung iſt aber, daß die frevelnde Hand nicht im Scherz, oder von einem zur Züchtigung [6]) oder zur Nothwehr [7]) Berechtigten, ſondern aus Haß oder im Zorn gegen den Cleriker gehoben wurde. Ferner ſoll die Strafe dann nicht eintreten, wenn ſich Jemand an einem Cleriker vergriff, den er in unzüchtigem Umgange mit ſeiner Gattin, Schweſter, Tochter oder Mutter antraf [8]), oder der bei einem Raube oder anderer Unthat von ihm betroffen wurde [9]). Wo nun keine dieſer Ausnahmen vorliegt, iſt die unmittelbare Folge der Percuſſion der Bann, den zu heben nach der Regel nur der Pabſt berechtigt iſt [10]),

---

1) Vgl. Lex Alam. tit. XII sq., Lex Rip. tit. XXXVI., Cap. ad leg. Sal. mitt. (803.) c. 1. u. Ansegis. Cap. III. 25. (c. 27. C. XVII. qu. 4.), Leg. Langob. II. 40. 6.

2) Conc. Trib. (895.) c. 4. 7., Worm. (868.) c. 26., Mogunt. (847.) c. 24. (c. 24. C. cit.) u. a. — c. 22. (cap. incert.) c. 23. (cap. incert.) C. cit.

3) C. 29. C. cit.: Si quis suadente diabolo huius sacrilegii natum incurrerit, quod in clericum vel monachum violentas manus iniecerit, anathematis vinculo subiaceat, et nullus episcoporum illum praesumat absolvere, nisi mortis urgente periculo, donec apostolico conspectui praesentetur et eius mandatum suscipiat. Dieſer Canon iſt eine wirkliche Wiederholung eines Schluſſes der Synode v. Rheims v. J. 1131.

4) Dieſes anerkennt noch die Gl. zu c. 29. C. cit.

5) Vgl. den tit. X. de sent. exc. (5. 39.) und Innoc. IV. zu c. 1. X. h. t.

6) c. 1. X. h. t.

7) c. 3. X. h. t.

8) c. 3. cit.

9) c. 14. cit.

10) Oder ein päbſtlicher legatus a latere, c. 22. X. h. t.

der Biſchof nur in den Fällen, wo er überhaupt päbſtliche Abſolutionen ertheilen darf, alſo, wenn es gilt einen Sterbenden loszuzählen[11]), oder wenn der Verkehr mit dem römiſchen Stuhle erſchwert iſt. Außerdem abſolvirt der Biſchof die Frauen und andere nicht ſelbſtſtändige Perſonen, diejenigen, welche um ihres hohen Alters oder ihrer Jugend oder ihrer körperlichen Zuſtände oder ſonſt beſcheinigten Hinderniſſe willen nicht ſelbſt nach Rom zu reiſen vermögen, endlich Alle die, welche ſich nur einer geringen Injurie ſchuldig machten[12]). Insbeſondere iſt unter der letzteren Vorausſetzung das Abſolutionsrecht der Biſchöfe rückſichtlich ihrer Canoniker, der Aebte rückſichtlich ihrer Profeſſen anerkannt[13]). Die praktiſche Anwendung dieſer Sache hat jedoch von jeher ſehr bedeutenden Schwierigkeiten unterlegen[14]), wie die ganze Geſchichte des Mittelalters, namentlich die Geſchichte der Städte zeigt, und ſeit Martin V. zu Conſtanz, der die Wirkungen der über alles Maß erweiterten excomm. latae sententiae dergeſtalt beſchränkt hatte, daß ſie nur da eintreten ſollte, wo Jemand namentlich und öffentlich excommunicirt worden ſei[15]), ſind ſie allgemach außer Uebung gekommen.

Wo alſo noch jetzt die Excommunication als Strafe der percussio eintreten ſoll, iſt nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen ein richterliches Erkenntniß erforderlich, das, wenn der Bann ſeine Wirkungen bis in das bürgerliche Leben hinein erſtrecken ſoll, mit Nothwendigkeit auch die Genehmigung des Staates vorausſetzt[16]). Dagegen iſt es jetzt allgemeiner Grundſatz, daß der Staat die den Geiſtlichen vor Allen anderen nöthige äußere Würde ſchützt, und die ihnen zugefügten Injurien mit härteren Strafen ahndet. Dieſes gilt gleichmäßig für die Geiſtlichen der katholiſchen und evangeliſchen Kirche.

2) Auf derſelben Grundlage, auf welcher ſich das bisher beſprochene Vorrecht gebildet, iſt auch das privilegium fori der Geiſtlichen erwachſen, deſſen Urſprung, Entwickelung und heutige Geſtaltung in dem Art. Gerichtsbarkeit dargeſtellt werden ſollen.

3) Ein weiteres Vorrecht der Geiſtlichen iſt ihre Befreiung von Abgaben und perſönlichen Dienſten und Leiſtungen. Die lange Reihe der kaiſerlichen Conſtitutionen, in denen dieſes Privilegium anerkannt iſt, führt auf Conſtantin den Gr. zurück, der dem Clerus der katholiſchen

---

11) C. 5. X. h. t. Nach der Geneſung ſoll aber die päbſtliche Abſolution nachgeholt werden, c. 13. 26. X. h. t.

12) C. 1. 6. 11. 13. 17. X. h. t.

13) C. 2. X. h. t., c. 9. X. de vit. et hon. cler. (3. 1.) Dieſes Capitel iſt in den Greg. Decretalen falſch inſcribirt.

14) v. Raumer, Geſchichte der Hohenſtaufen Bd. 6, S. 127 flg.

15) Const. Ad evitanda in c. 7. des Concord. Const., v. d. Hardt, Conc. Const. T. I. p. 1055.

16) Nach öſterr. Geſetzen z. B. findet, wenn ex capite percussionis die Excommunication erkannt werden kann, eine Unterſuchung durch zwei geiſtliche und zwei weltliche Commiſſäre ſtatt, worauf das Urtheil von dem Ordinarius geſprochen und von dem Kaiſer beſtätigt wird. S. Barth-Barthenheim, Oeſterreichs geiſtliche Angelegenheiten (Wien 1841), S. 108 flg.

Kirche die Befreiung von Curialämtern gewährte[17]). Hieran ſchloß ſich die Immunität von der Collation und dem Cenſus[18]), ſo wie von der lustralis collatio von der den Clerikern eine Zeit lang geſtatteten negotiatio[19]), ſo wie die Freiheit von muneribus sordidis, den Parengarien und den Metatis[20]), endlich die Befreiung von Vormundſchaften[21]). Auch im fränkiſchen Reiche waren ähnliche Immunitäten von perſönlichen Leiſtungen anerkannt[22]), namentlich auch von der Heerespflicht[23]), ſobald nicht dieſe wie bei den Biſchöfen und den Aebten der zur militia verpflichteten Klöſter durch den Grundbeſitz beſtimmt wurde[24]). Dagegen war den Clerikern die Steuerfreiheit ihres Patrimonialgutes nicht gewährt, und ſpäter findet ſich, daß mit der ſich entwickelnden Städteverfaſſung oft auch die Geiſtlichen mit zu den gemeinen ſtädtiſchen Laſten hinzugezogen wurden[25]). Hiergegen ließ ſich freilich das hierarchiſche Bewußtſein nicht unbezeugt; die Concilien und Päbſte des dreizehnten und vierzehnten Jahrh. beſtritten den Laien das Recht, die Cleriker zu beſteuern[26]), und forderten eine völlige Immunität der letzteren als ein von Gott der Kirche verliehenes Vorrecht, wobei ſie ſich zum Theil auch auf die Zugeſtändniſſe der höchſten Gewalt im Reiche ſtützten[27]). Indeſſen hat die Kirche dieſen ihren Anſpruch nicht durchzuſetzen vermocht; jetzt iſt das Patrimonialgut der Geiſtlichen überall, und oft auch das Amtseinkommen derſelben der Beſteuerung unterworfen[28]), und nur dieſes gilt als durchgreifender Grundſatz, daß die Congrua, wo eine ſolche beſtimmt iſt, dem Geiſtlichen frei bleiben müſſe. Ebenſo iſt oft auch die Theilnahme der Geiſtlichen an den Gemeindelaſten geſetzlich ausgeſprochen,

---

17) C. 1. Th. C. de epp., eccl. et cler. (16. 2.), wiederholt in c. 2. 9. 11. 16. 24. 36. h. t. Vgl. aber rückſichtlich der Verpflichtung zur Curia c. 59. 99. 104. 115. 121. 123. 163. 172. Th. C. de decur.

18) C. 10. 14. Th. C. de epp. eccl. et cler. vgl. mit c. 15. h. t. und rückſichtlich der der capitatio unterworfenen clerici vicani mit c. 33. h. t.

19) C. 8. 10. 14. 15. 36. Th. C. h. t. vgl. mit Valent. III. Nov. 12.

20) C. 8. 10. 14. 15. Th. C. h. t.

21) C. 52. C. 3. de epp. et cler. (1. 3.), Nov. CXXIII. c. 5. c. 40. C. XVI. qu. 1.

22) Cap. Reg. Fr. VI. 116. VII. 131. 185. 195. 290. 467.

23) Carolom. Capit. (742.) c. 2. u. a. Anders die Lex Visig. IX. 2. 8.

24) Sugenheim, Staatsleben des Klerus im Mittelalter (Berl. 1839), S. 315. Eugen Montag, Geſch. der ſtaatsb. Freiheit Bd. I, S. 314, Bd. II, S. 199.

25) v. Raumer a. a. O. S. 151 flg.

26) C. 4. 7. X. de immun. eccl. (3. 49.), c. 1. 3. h. t. in 6to. (3. 23.), c. 4. de cens. in 6to. (3. 20.), c. un. de immun. in Clem. (3. 17.), c. 13. de cens. in Clem. (3. 13.)

27) Auct. Frid. Nulla communitas (1220.) Cod. de epp. et cler. (1. 3.) v. Raumer a. a. O. S. 152.

28) Vgl. Andr. Müller, Lexikon des Kirchenr. u. d. A. Abgaben. Für Oeſterreich insbeſ. ſ. Barth-Barthenheim a. a. O. S. 380 flg., für Bayern: Brendel, Kirchenrecht S. 852, für Preußen: Fürſtenthal, Samml. aller das Kirchenweſen betr. Geſetze u. d. A. Immunitäten u. a.

wenn ſchon überall feſtſteht, daß dieſelben zu perſönlicher Leiſtung nicht gezwungen werden können. Regelmäßig haben ſie auch nicht die Verpflichtung zur Uebernahme von Gemeindeämtern, überall iſt ihnen die Befreiung von Kriegsdienſten und Einquartirung, und meiſt auch von der Uebernahme von Vormundſchaften zugeſtanden[29]).

4) Endlich ſind nach einer durchaus allgemeinen rechtlichen Geſtaltung die Geiſtlichen auch des ſogen. beneficium competentiae theilhaft[30]). Dieſes wird oft auf das bekannte c. 3. Odoardus X. de solut. (3. 23.) geſtützt[31]), aus dem es freilich nicht erwieſen werden kann. Aber ſchon die Gloſſe hat dieſe Stelle in der bezeichneten Weiſe gedeutet, und einſtimmig folgen ihr die ſpäteren Canoniſten. Eine ſo entſchiedene Rechtsanſicht äußerte dann mit Nothwendigkeit auch auf die Praxis Einfluß, welche den Geiſtlichen die Rechtswohlthat der Competenz längſt zugeſtanden hatte, als die Geſetzgebung dieſes Verhältniſſes ſich annahm. Dieſes geſchah dann in verſchiedener Weiſe; bald ſo, daß eine beſtimmte Summe, eine ſogen. portio congrua, als unangreifbares Minimum jedes pfarrlichen Einkommens bezeichnet, bald ſo, daß, wie auch bei Staatsdienern, die Zuläſſigkeit der Execution auf eine beſtimmte Quote des Einkommens beſchränkt wurde[32]). In jedem Falle erſtreckt ſich aber das Beneficium nicht auf das eigene Vermögen, und nur bei ſolchen katholiſchen Geiſtlichen erleidet dieſe Regel eine Ausnahme, welche auf den titulus patrimonii ordinirt ſind.

---

29) Wie z. B. in Oeſterreich, nach dem A. B. G. §. 195. — In Sachſen müſſen dagegen die Geiſtlichen die Vormundſchaft über Kinder ihrer verſtorbenen Amtsbrüder übernehmen, Vorm.-O. v. 1782, §. 1, Nr. 4.

30) Eck (J. H. Böhmer), de clerico debitore. Hal. 1715.

31) Odoardus clericus proposuit, quod quum P. clericus, D. laicus et quidam alii ipsum coram officiali archidiaconi Remensis super quibusdam debitis convenissent, idem in eum recognoscentem huiusmodi debita, sed propter rerum inopiam solvere non valentem, excommunicationis sententiam promulgavit. (Et infra:) Mandamus, quatenus, si constiterit, quod praedictus Odoardus in totum vel pro parte non possit solvere debita supradicta, sententiam ipsam sine difficultate qualibet relaxetis, recepta prius ab eo idonea cautione, ut, si ad pinguiorem fortunam devenerit, debita praedicta persolvat.

32) In Oeſterreich muß den Geiſtlichen die Congrua von 300 fl. frei bleiben. Barth-Barthenheim a. a. O. S. 109. In Preußen findet bei Gehalten unter 400 Thlr. gar kein Beſchlag ſtatt, bei höheren nur bis zur Hälfte des nach Abzug von 400 Thlr. bleibenden Ueberſchuſſes der Beſoldung und Emolumente, Cabinetsordre v. 23. Mai 1826, Hermens, Cultusgeſetzgebung Bd. II, S. 784. In Bayern beträgt die Congrua eines kath. Pfarrers 600 fl., eines Beneficiaten 400 fl., eines verheuratheten proteſt. Pfarrers 800 fl., wovon nach der neuen Executionsordnung (Geſ. v. 27. Nov. 1837) ein Viertheil, beziehentlich ein Fünftheil in Abzug kommen kann, Brendel a. a. O. S. 853. In Württemberg wird der Grundſatz, nach welchem das Einkommen der Staatsdiener nur bis zu einem Drittheil mit Beſchlag belegt werden darf, auch auf die Geiſtlichen angewandt, Lang, Samml. der württ. Kirchengeſch. S. 212.

II. Die allgemeinen Pflichten der Geiſtlichen.

Wenn ſolchergeſtalt die Geiſtlichen durch große Vorrechte ausgezeichnet ſind, ſo legt ihnen das Recht auf der anderen Seite nicht minder große Verpflichtungen auf, indem es von ihnen fordert, daß ſie der Weltluſt und allen Beſchäftigungen entſagen ſollen, durch welche ſie gehindert werden könnten, ſich ganz in ihren Beruf zu verſenken. Die hauptſächlichſten, hier einſchlagenden Verfügungen des canoniſchen Rechtes ſind folgende: 1) Die Geiſtlichen ſollen nicht an Trinkgelagen, Hochzeiten, Maskeraden Theil nehmen[33]), nicht die Wirthshäuſer beſuchen, ſobald ſie nicht auf Reiſen ſind[34]), nicht Glücksſpiele ſpielen[35]) oder der Jagdluſt ſich ergeben[36]). Dieſe Beſtimmungen ſind zunächſt die Reaction gegen die rohe Sitte ihrer Zeit. Ihr Princip aber fordert noch jetzt unverändert Herrſchaft, und iſt durch viele neuere biſchöfliche Verfügungen den Geiſtlichen in Erinnerung gebracht worden[37]). Daſſelbe iſt in der evangeliſchen Kirche durch die Verordnungen der Conſiſtorien geſchehen. 2) Um auch äußerlich ſich von den Laien zu unterſcheiden, ſind die Geiſtlichen verpflichtet, in ihrer Erſcheinung des Anſtandes und der Einfachheit ſich zu befleißigen, weßhalb ihnen Bart und Haar wachſen zu laſſen[38]), Waffen zu führen[39]) (ſobald ſie nicht derſelben als Schutzwehr auf Reiſen bedürfen), oder prächtige Gewänder zu tragen[40]) unterſagt iſt. Ueber die Kleidung, deren ſie ſich zu bedienen haben, entſcheidet die Obſervanz der einzelnen Diöceſen und das biſchöfliche Ermeſſen, abgeſehen von der Kleidung bei Vollziehung der Amtsfunctionen, welche durch die Rituale beſtimmt iſt. In der evangeliſchen Kirche iſt bald durch die Obſervanz, bald durch die Landesgeſetzgebung ebenfalls eine

---

33) C. 10. dist. XXXIV. (conc. Agath. 506.), c. 10. dist. XLIV., c. 37. dist. V. de cons. (conc. Laod. 347—81.), c. 7. dist. XLIV. (Cap. Hincmar. Rem.), c. 15. X. de vit. et hon. cler. (3. 1.), conc. Trid. sess. XXIV. c. 12. de ref.

34) C. 2. (conc. Laod. 347—81.), c. 3. (syn. quinisext. 692.), c. 4. (conc. Carth. III. 397.) dist. XLIV., conc. Trid. l. c.

35) C. 1. dist. XXXV. (can. Apost.), c. 15. X. h. t., conc. Trid. l. c. Das römiſche Recht hat in dieſem Bezuge ſehr ſtrenge Vorſchriften, c. 25. 34. C. de episc. aud. (1. 4.), Nov. CXXIII. c. 10.

36) C. 1. (Nic. I.), c. 2. (conc. Epaon. 517.), c. 3. (syn. sub Bonif. 742.) dist. XXXIV., c. 1. 2. X. de cler. venat. (5. 24.), c. 1. §. 3. de statu mon. in Clem. (3. 10.), conc. Trid. l. c. Die teutſche Sitte hatte aber wegen des den Stiftern oft verliehenen Wildbannes für die Stiftsherren das Verbot der Jagd im beſonderen auf die Treibjagden und andere venationes clamosae, und im allgemeinen auf die venatio nimium frequens beſchränkt. Vgl. überhaupt Benedict. XIV., de syn. dioec. L. XI. c. 10.

37) Vgl. z. B. das Circ. des Gneſen-Poſenſchen Generalconſiſtoriums v. 1835, bei Rheinwald, Acta hist. eccl. 1836, S. 358 flg. Freib. Ord.-Reſcr. v. J. 1835 (daſ. 1835), S. 229 u. a.

38) C. 22. (conc. Agath. 506.), 23. (conc. Rom. 721.), c. 32. (Cap. Mart. Brac.) dist. XXIII.

39) C. 1. VIII. c. 6. (conc. Meld. 845.) C. XXIII. qu. 8., c. 2. X. de vit. et hon. cler. (3. 1.)

40) C. 32. (Cap. Mart. Brac.) dist. XXIII., c. 1. (syn. oec. VII. 787.), c. 2. (syn. quinis. 692.), c. 3. (syn. Rom. 743.), c. 4. (syn. Rom. 826.)

Amtstracht der Geiſtlichen beſtimmt worden. Im übrigen gilt der bereits angeführte Grundſatz des canoniſchen Rechtes, über deſſen Befolgung zu wachen die Pflicht der Conſiſtorien iſt. 3) Damit die Geiſtlichen nicht von ihrem Berufe abgezogen werden, iſt ihnen unterſagt, ſich weltlichen Beſchäftigungen hinzugeben[41]). Insbeſondere unterſagt ihnen das canoniſche Recht das Betreiben weltlicher Gewerbe und des Handels[42]), das Ausleihen von Geldern gegen Zinſen[43]), die Leiſtung von Kriegsdienſten[44]), das Studium und die Ausübung der Chirurgie und der inneren Heilkunde[45]), die Ausübung der Advocatur und Procuratur bei weltlichen Gerichten[46]), ſobald ſie nicht für ſich, ihre Kirche oder für mitleidswürdige Perſonen auftreten, die Uebernahme von öffentlichen Aemtern[47]), die Verwaltung der peinlichen Gerichtsbarkeit insbeſondere[48]). Aehnliche Verfügungen kehren in allen evangeliſchen Ländern wieder. 4) Eine beſondere Sorgfalt hat das canoniſche Recht der Geſetzgebung über den Verkehr der Geiſtlichen mit dem weiblichen Geſchlechte gewidmet, eine ſo große, daß kaum ein Gegenſtand öfter in den Schlüſſen der Synoden erwähnt iſt,

---

C. XXI. qu. 4., c. 15. X. h. t., Clem. 2. h. t., conc. Trid. sess. XIV., c. 6. de ref. — Thomassin., vet. et nov. disc. P. I. l. 2. c. 37. 43 sq., Prosper Lambertin., instit. LXXI. (der Ingolſtädt. Ausg. v. 1751.)

41) Tit. X. Ne clerici vel monachi saecularibus negotiis se immisceant. (3. 50.)

42) C. 1. C. XIV. qu. 4. (Gelas. 494.) Statthaft iſt dagegen, daß Geiſtliche durch einen anſtändigen Erwerb ſich ihren Unterhalt ſchaffen (c. 1. X. Ne cler. vel mon.) und daß ſie ihre eigene landwirthſchaftlichen Erzeugniſſe verwerthen. — Die Eingebung von Wechſelgeſchäften verbietet die Const. Apostolicae von Benedict XIV. Aehnliche Beſtimmungen haben die Particularrechte evangeliſcher Länder, ſächſ. Mand. v. 22. März 1711.

43) C. 2 sq. C. cit.

44) Vgl. C. XXIII. qu. 8. S. o. Note 24.

45) C. 3. 10. X. ne cleric. vel mon. (3. 50.) — Ueber die päbſtlichen Indulte zur Ausübung der Heilkunde „absque incisione et adustione“ ſ. Benedict. XIV. l. c. L. XIII. c. 10.

46) C. 1. 3. 8. X. h. t., c. 1. 2. 3. X. de postul. (1. 37.) — Die Decretale super specula von Honorius III. (1219.) in c. 10. X. ne cler. vel mon., durch welche den Geiſtlichen verboten iſt, leges vel physicam zu hören, iſt von v. Savigny, in der Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. Bd. VIII, S. 230, vollſtändig herausgegeben. Das in ihr enthaltene Verbot iſt jedoch niemals zur vollen Durchführung gekommen, und die Päbſte ſelbſt ertheilten oft den Univerſitäten beſondere Indulte, durch welche die auf denſelben ſtudirenden Geiſtlichen die Vorleſungen über das Civilrecht zu hören ermächtigt wurden. Engel, coll. iur. can. III. 50. Van Espen, ius eccl. univ. p. I. tit. 2.

47) C. 2. 4. 8. X. h. t. — Zu dieſen gehören auch die Vormundſchaften, zu deren Uebernahme die Geiſtlichen die Erlaubniß ihrer Vorgeſetzten bedürfen (vgl. jedoch oben Note 29). In Preußen müſſen die katholiſchen Geiſtlichen die Genehmigung der biſchöflichen Behörde, die evangeliſchen die Zuſtimmung des Provinzialconſiſtoriums einholen. Fürſtenthal a. a. O. u. d. A. Vormundſchaften.

48) C. 5. 9. X. h. t. — Nach c. ult. h. t. in 6to. (3. 24.) können aber die Prälaten, welche die weltliche Strafgerichtsbarkeit haben, dieſelbe delegiren. Geiſtliche, welche zur Ausübung der Criminaljurisdiction delegirt ſind, dürfen nicht auf Leibes- und Lebensſtrafe erkennen. c. 5. X. h. t.

als dieſer. Der Grund dieſer Erſcheinung liegt darin, daß die dem Menſchen anerſchaffene Natur gegen das Cölibatgebot reagirte, daß alſo die Geiſtlichen auf unerlaubtem Wege, im außerehelichen Umgange zu erreichen ſuchten, was ihnen das ſtrenge Gebot der Kirche verſagte (ſ. d. Art. Cölibat). Namentlich iſt den Geiſtlichen zur Pflicht gemacht, nur ſolche Frauen in ihre Behauſung aufzunehmen, deren Alter oder deren nahe Verwandtſchaft den Verdacht jedes unerlaubten Umganges ausſchließt[49]).

Die Verletzung der bisher dargeſtellten Verpflichtungen (excessus) wird im allgemeinen mit arbiträren Strafen geahndet[50]); doch iſt z. B. im neueren Rechte für die clerici fornicatores ein beſtimmtes Strafverfahren vorgeſchrieben[51]). Die Uebertretung der Verfügungen, welche den Geiſtlichen die Ausübung der Heilkunde, die Leiſtung von Kriegsdienſten und die Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit unterſagen, hat außerdem unter den im Art. Ordination anzugebenden Vorausſetzungen die Irregularität zur Folge. 16.

Geleit, ſicheres Geleit. Das Geleitsrecht (ius conducendi, Geleitsherrlichkeit)[1]) galt im älteren teutſchen Staatsrechte als ein Regal, vermöge deſſen ein Landesherr in ſeinem Gebiete den Reiſenden Sicherheit auf den öffentlichen Straßen gegen eine Abgabe gewährte. Dieſe Abgabe, guidagium oder Geleitsgeld, wurde noch von dem bloßen Wegegelde, pedagium s. passagium[2]), unterſchieden; es wurden über deſſen Entrichtung Geleitsbriefe (Bolleten) gegeben, deren Beſitz ein Recht auf Schadloshaltung wegen auf dem Wege erlittener Unbilden gab. Seltener als dieſes ſogen. ſchriftliche Geleit war das perſönliche oder lebendige Geleit durch Bewaffnete, die den Reiſenden begleiteten (Geleitsleute); es ſcheint letzteres nur bei den auf die Meſſe ziehenden Kaufleuten vorgekommen zu ſein, während in den ſpäteren Zeiten wenigſtens für die Sicherheit der Straßen im allgemeinen Sorge getragen wurde. Die Verbindlichkeit zur Schadloshaltung[3]), die von den angeführten Schriftſtellern in ſehr weitem Umfange behauptet wird, fiel weg, wenn der Reiſende von der öffentlichen Straße abwich und ſich überhaupt nicht

---

49) C. 5. 9. X. de cohab. cler. et mul. (3. 2. 7.) Conc. Trid. sess. XXV. c. 14. de ref. — Die hierher gehörenden Geſetze ſind u. a. in großer Reichhaltigkeit geſammelt bei Carové, Sammlung der Cölibatgeſetze. Frankf. 1833.

50) Conc. Trid. sess. XXII. c. 1. de ref.

51) Conc. Trid. sess. XXV. c. 14. de ref.

1) Literatur: Thom. Maul, tractatus de iure conducendi. Giss. 1621. 8. Ausführlicher iſt Ph. Alb. Ortth, tractatus iuridico-politicus de regali conducendi iure. Norimberg 1672. 8. Die Diſſ. von C. L. W. Buff, de conducendi iure serenissimorum Hassiae Landgraviorum per Wetteraviam P. I. et generalis de conductu eiusque in Germania origine et habitu. Giess. 1771. 4. kenne ich nur dem Namen nach.

2) Quod datur pro solo transitu. Maul l. c. p. 49.

3) Sie beruhte hauptſächlich auf dem Augsburger Reichsabſchiede von 1559, §. Damit dann die Obrigkeit.

„geleitlich" hielt[4]). Hingegen wurde zu den Pflichten des Geleitsherrn gerechnet, Schwerbewaffnete in den unſicheren Gegenden ſtreifen zu laſſen, Anordnung zu treffen, daß, wenn Jemand angefallen werde, an die Glocken geſchlagen würde, wegen der von den „Benachbarten" zu leiſtenden Hilfe mit dieſen ſich zu vergleichen u. dgl. m. Einen ſo weſentlichen Theil des Territorialſtaatsrechtes das Geleitsrecht einſt bildete[5]), ſo ausgebildet das ganze Geleitsweſen war[6]), ſo hat es doch mit der ſteigenden inneren Sicherheit der teutſchen Staaten für unſere Zeit ſeine Geltung verloren und nur particularrechtlich beſteht noch die unter dem Namen des Geleitsgeldes an manche Obrigkeiten zu entrichtende Abgabe, welche meiſtens für Unterhaltung der Wege erhoben wird[7]).

Theilweiſe verſchieden hiervon, obgleich zunächſt ein Ausfluß deſſelben, jedenfalls aber einem anderen Kreiſe von Rechtsverhältniſſen angehörig, iſt das in specie ſogen. ſichere Geleit (salvus conductus)[8]). Man verſteht darunter zunächſt (im Sinne der Schriftſteller des 17. Jahrh., wo dieß Rechtsinſtitut am ausgebildetſten geweſen zu ſein ſcheint) den einem Angeſchuldigten von der Obrigkeit gewährten geſetzlichen Schutz, unter welchem er ungefährdet vor Gericht kommen und wieder fortziehen konnte[9]). Hierbei wird ein s. c. generalis und specialis unterſchieden, von denen erſterer, nach der Regel: Vorladung bringt Geleit mit ſich,

---

4) Quando alicui est concessus salvus conductus, verba civiliter sunt intelligenda, ut scil. modeste, honeste, humane utatur. Maul p. 99.

5) Die Schriftſteller beſchäftigten ſich mit ſorgfältiger Abhandlung vieler hierher gehöriger Detailfragen, z. B. über den Umfang der Befugniß, es auszuüben, ob den Juden ſicheres Geleit zu geben ſei, welche Klagen dem Beſchädigten zuſtänden u. a.

6) Man vgl. z. B. den Adminiſtrationsorganismus, den Ortth p. 165. und v. Seckendorff im teutſchen Fürſtenſtaate (p. III. c. 3.) aufführt.

7) Maurenbrecher gibt in ſeinen Grundſätzen des heutigen teutſchen Staatsrechtes §. 215, Note c. an, das Geleitsrecht ſei in ſämmtlichen Bundesſtaaten, mit Ausnahme von Sachſen-Weimar, aufgehoben. Hinſichtlich aller Frankfurter Waaren wurde es ſchon durch Reichsdep.-Hauptſchluß v. 1803, §. 27, abgeſchafft. Ebend.

8) Literatur: J. Cph. Falckner, D. de salvo conductu ad iudicium. Hal. 1666. 4. Andr. Wesser, D. de s. c. iudiciali. Altdorf. 1698. P. Fr. Romanus, D. de s. c. Jen. recusa 1717. (Sämmtlich von geringer Bedeutung. Andere Diſſertationen, von Windheim [Jen. 1666.], Hartmann [Argent. 1675.], Brückner [Jen. 1712.], waren mir nicht zugänglich.) Von A. Leyser wird eine D. de s. c. lat. commeatu, Witeb. 1740., und von G. A. Kleinschrod eine D. de cautelis in s. c. concessione a iudice observandis angeführt; beide ſchrieben aber auch noch beſonders darüber, Leyser in den Medit. spec. 628., Kleinſchrod in ſ. Abhandl. a. d. peinl. Rechte und peinl. Prozeſſe Th. 2 (Erlangen 1798), S. 133—270, und im neuen Archiv des Criminalrechtes Bd. 5, St. 2, S. 283 flg. Letzterer Aufſatz iſt gegen die von Stübel, in ſ. Criminalverfahren Th. 4, §. 1759 flg., aufgeſtellte Theorie gerichtet. Der neueſte Schriftſteller hierüber iſt Abegg in ſ. hiſtoriſch-prakt. Erörter. u. ſ. w. Abth. 2, S. 152 flg.

9) Zu allgemein faßt dieſes Recht Romanus in der angef. Diſſ. auf als legitimum praesidium magistratus, iuste timenti pro aversione periculi aut alterius offendendi datum p. 5.

bei jeder Citation von ſelbſt verſtanden werden ſoll[10]), letzterer nur praestita cautione idonea eintritt (das eigentliche „freie Geleit zu Recht und vor unrechter Gewalt“). Der Schutz ging nur gegen Vergewaltigung, die nicht im Rechte begründet war, alſo nicht gegen vis iusta[11]). Hierin liegt hauptſächlich der Uebergangspunkt zwiſchen den verſchiedenen Auffaſſungsweiſen dieſes Rechtes. Ausgehend von dem bloßen Privilegium des flüchtigen Angeſchuldigten, ſich an ſeinen früheren Aufenthaltsort zurückbegeben zu dürfen, auch wenn er ſeine Unſchuld nicht ausführte[12]), wurde es in teutſchen Staatsrechten zu einer von der Obrigkeit übernommenen Beſchützung des ſich vor Gericht ſtellenden Angeſchuldigten gegen die Privatrache der Verwandten[13]), woraus ſich die allgemeinere oben dargelegte Bedeutung mit dem Allgemeinerwerden des s. c. von ſelbſt entwickelte[14]). Durch dieſe Erweiterung des Begriffes des s. c. kamen aber auch Merkmale in denſelben, die das ganze Weſen des ſicheren Geleites änderten und daraus eine vertragsmäßige Befreiung von perſönlicher Haft während der Unterſuchung werden ließen. Während die Nachſuchung des ſicheren Geleites früher mehr im Intereſſe des Angeſchuldigten gelegen hatte, war die Gewährung deſſelben ſpäter vielmehr ein im Intereſſe des Richters liegendes Mittel, den Angeſchuldigten vor Gericht zu bringen. So faßten es die Praktiker des 18. Jahrh. vornehmlich auf und nur von dieſem Geſichtspunkte aus kann z. B. von einem s. c. praesentis und anderen Sätzen die Rede ſein, welche wir bei den Schriftſtellern über dieſe Lehre vielfach discutirt finden. Aus dieſer Umwandlung des Begriffes erklärt ſich aber auch die große Verſchiedenheit der Anſichten in der Theorie, die gleichwohl die weſentlichſte Grundlage der Praxis hierbei war, da die Quellen des gemeinen Rechtes faſt gar nichts über den wirklichen s. c. enthalten[15]). Dieſe Anſichten reduciren ſich in der Hauptſache auf Folgendes: 1) Competent zur Ertheilung des s. c. ſind nicht blos die Landesherren (und alle reichsunmittelbaren Fürſten und Städte), ſondern alle, welche Obergerichtsbarkeit haben, im beſonderen Falle das zur Unterſuchung competente Criminalgericht[16]). 2) Derſelbe wird An=

---

10) Doch warnte **Romanus** p. 10. und **Falckner**, sect. III. §. VIII. vor zu großem Vertrauen auf die Anwendung dieſes Satzes.

11) C. C. C. Art. 76 u. 156.

12) In dieſer Bedeutung kommt es in italieniſchen Stadtrechten des 14. Jahrh. vor. S. **Mittermaier**, teutſch. Strafverf., 3. Aufl., §. 80, Note 1.

13) **Mittermaier** a. a. O. Note 2.

14) **Abegg** a. a. O. leitet das Entſtehen des s. c. aus den Nachtheilen der gegen einen ſich nicht ſtellenden Angeſchuldigten zu erkennenden Mordacht und Friedloſigkeit ab, wofür aber höchſtens die Stellung, in welcher der s. c. in der C. C. C. erſcheint, ſpricht. S. dagegen **Mittermaier** a. a. O. Note 4.

15) Gute Ausführung hierüber bei **Kleinſchrod**, Abhandl. Th. 2, S. 135—141. Nur führt ihn ſeine Kritik zu weit, indem er, die genetiſche Ausbildung dieſer Lehre unberückſichtigt laſſend, viele jener Anſichten verwirft, die doch, wenn gleich von verſchiedenem Standpunkte aus, ihre Giltigkeit haben.

16) Es war dieß bei den Aelteren ſehr beſtritten, aber ſchon **Falckner** und **Weſſer** a. a. O. bejahen es; die nähere Begründung ſ. bei **Kleinſchrod** Cap. 2.

geſchuldigten gewährt, die flüchtig geworden ſind oder ſich ſonſt verborgen halten, zu Ausführung ihrer Unſchuld [17]). Im neueren Sinne fällt dieſes Motiv, die Gunſt der Vertheidigung, weg und es tritt an deſſen Stelle die abſolut nothwendige Gegenwart des Abweſenden, der nicht anders zu erlangen iſt [18]). 3) Er kann bei allen Verbrechen gewährt werden [19]). 4) Gewöhnlich wird dagegen eine durch Unterpfand oder Bürgen zu ſtellende Caution verlangt [20]). 5) Die Dauer des s. c. generalis pflegt auf ein triduum, die des specialis auf ſo lange, bis etwas Peinliches erkannt wird, beſtimmt zu werden [21]). Neuerlich unterliegt ſie wohl ausdrücklicher Feſtſetzung Seiten des Richters. 6) Der s. c. iſt auf das Verbrechen, wegen deſſen er ertheilt iſt, zu beſchränken, verpflichtet aber auch zur Unterlaſſung jedes Mittels, wodurch der Angeſchuldigte zur Haft gebracht werden könnte, alſo z. B. auch zur Widerrufung der Steckbriefe [22]). 7) Die Urſachen, aus welchen der s. c. aufhört, ſind außer dem Ablauf der Zeit, auf welche, und der Nichterfüllung der Bedingungen, unter welchen er ertheilt iſt (alſo z. B. Flucht des Geleiteten, Wegfall der Caution), die Fällung eines Straferkenntniſſes (oder eines Erkenntniſſes auf Tortur) oder die Verübung eines neuen, Verhaftung nöthig machenden Verbrechens [23]). — In der neueren Zeit hat die Theorie und Praxis die Anwendung des s. c. ſehr beſchränkt [24]); gemeinrechtlich wird ſie von Manchen für ganz unpraktiſch gehalten [25]), von Anderen nur als Gnadenact für zuläſſig erachtet [26]), Einige laſſen ſie als äußerſtes Mittel zur Erledigung wichtiger Unterſuchungen gelten [27]). Particular=

---

17) Romanus a. a. O. §. 18. Falckner cap. II. sect. 2. §. 3., der gleichwohl auch die exceptio loci non tuti hiermit in Verbindung bringt. Cap. I. sect. 2. §. 4.

18) Kleinſchrod Cap. 3, §. 24. Hiernach ſind die bei den Aelteren vielfach vorkommenden Discuſſionen über die Perſonen, denen er nicht ertheilt werden kann, namentlich banniti, überflüſſig. Was aber z. B. Falckner über den s. c. praesentis ausführt (daß er bei leichteren Vergehen, bei Krankheit des Angeſchuldigten u. ſ. w. eintrete), iſt in der oben angedeuteten Beziehung aufzufaſſen, wornach man unter s. c. nur Befreiung von Arreſt verſtand.

19) Die Anſicht Aelterer, daß er bei ſchweren und notoriſchen Verbrechen nicht eintrete, widerlegt Kleinſchrod §. 26.

20) Welche Kleinſchrod (§. 28) nicht blos vom iudicio sisti, ſondern auch vom iudicatum solvi verſteht.

21) Z. B. bei Wesser p. 17.

22) Mittermaier, Strafverf. Th. 1, S. 390 und die daſelbſt angef. Schriftſteller.

23) Ausführlich bei Kleinſchrod Cap. 7. Fälſchlich wollen manche Aeltere auch durch Geſtändniß den s. c. ausgeſchloſſen wiſſen.

24) Nur iſt der Begriff des s. c. nicht ſo zu beſchränken, wie Stübel will (Criminalverf. Th. 4, §. 1759 flg.), auf eine Zuſicherung des Richters, den Angeſchuldigten mit der Arretirung während des Prozeſſes ſo lange zu verſchonen, als ſie entbehrlich ſein werde.

25) Z. B. von Puchta, der Dienſt der teutſchen Juſtizämter Bd. 2, S. 419.

26) Z. B. von Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 321, Note 3.

27) So v. Jagemann, Unterſuchungsk. S. 92.

rechtlich iſt ſie unter gewiſſen Beſchränkungen meiſt noch giltig[28]; die neuere Geſetzgebungspolitik mißbilligt das Inſtitut des ſicheren Geleits[29]).

In Civilſachen pflegt nach den meiſten Particularrechten ſicheres Geleit gegen Wechſelhaft unter gewiſſen Bedingungen den Gemeinſchuldnern ertheilt zu werden[30]). H. Schletter.

Gelübde[1]) iſt im allgemeinen jedes (feierliche) Verſprechen (Angelöbniß, Belieben)[2]), im beſonderen aber das Verſprechen einer Leiſtung oder Handlung zu einem frommen Zwecke; daher die Definition: promissio facta Deo, cum deliberatione, de bono aliquo, vel meliori bono[3]).

Vom lebendigen Glauben erfüllt ſucht der Menſch nicht nur den Forderungen des Religionsgeſetzes zu genügen, ſondern auch über daſſelbe hinausgehend ſich Gottes Wohlgefallen zu erwerben (opus supererogationis). Daher brachte man nicht blos die beſtimmten zu gewiſſen Zeiten und bei regelmäßigen Veranlaſſungen üblichen Opfer, ſondern übernahm noch außerdem freiwillige. Das moſaiſche Recht[4]) geſtattete auch dergleichen, wenn nur das Geſetz, beſonders der ceremonielle Theil deſſelben, darunter nicht litt. Man unterſchied das eigentliche Gelübde, als das Verſprechen, Gott Etwas zu leiſten, bei deſſen Nichterfüllung man als Sclave dem Tempel verfiel[5]), und die Ablobung, das Unterlaſſungsgelübde, namentlich den Naſireat, indem man ſich geiſtiger Getränke und verſchiedener Bequemlichkeiten des Lebens zu enthalten verpflichtete[6]). Oft thaten dieß Eltern ſchon früh für ihre Kinder[7]). Beide

28) Oeſterr. Geſetzb. §. 248. Bayer'ſches Geſetzb. Art. 417 (wo aber die Ertheilung nur durch königliches Reſcript erfolgen kann). Preuß. Criminalordn. §. 246.

29) S. Mittermaier, Strafverf. Th. 1, S. 391 und die Note 32 angef. Schriftſteller.

30) So z. B. in Sachſen denjenigen, welche ſich in Zeiten gehörig angeben und nach Abzug der prioritätiſchen Forderungen den Chirographariern noch 50 pCt. wirklich zu bezahlen im Stande ſind. Mand. w. d. Banq. v. 20. Dec. 1766, §. 4.

1) Tit. Dig. de pollicitationibus. (50. 12.) — Dist. XXVII. (c. 2—8.) Cau. XVII. qu. I. Cau. XXII. qu. IV. Cau. XXVII. qu. I. — Tit. X. III. 34. in 6to. III. 15. Extravag. Johann. XXII. tit VI. de voto et voti redemtione. Vgl. X. IV. 6. Qui clerici vel voventes matrimonium contrahere possunt. Die hier in Betracht kommende theologiſche Seite findet ſich in den Werken über Moral erläutert. Wegen des Juriſtiſchen vgl. man J. H. Boehmer, ius eccl. Prot. lib. III. tit. 34. Helfert, Darſtellung der Rechte, welche in Anſehung der heiligen Handlungen ... ſtattfinden (Prag 1826), §. 96—102.

2) Daher bedeutet der Ausdruck auch ſo viel als Caution (mit Wort und Hand). Vgl. im Rechtslexikon den Art. Caution Bd. II, S. 609, 610.

3) Conc. Bisuntin. a. 1571. de voto (Hartzheim, Conc. Germaniae T. VIII. fol. 87.).

4) Hüllmann, Staatsverfaſſung der Iſraeliten S. 183 flg.

5) IV. Moſis XXX, 3—16. Vgl. III. Moſis XXVII. V. Moſis XXIII, 22.

6) IV. Moſis VI, 1—21.

7) Buch der Richter XIII, 5. Ev. Lucä I, 15.

Arten von Gelübden gingen auf die Kirche über[8]) und wurden mit Anknüpfung an die altteſtamentlichen Grundſätze genauer entwickelt.

Man unterſchied nun zwiſchen dem Vorſatze (concipere in animo), ein Gott wohlgefälliges Werk zu thun, dem ſimpeln Verſprechen und der feierlichen Erklärung des gefaßten Entſchluſſes, und nahm ſchon beim animus wenigſtens die moraliſche Verbindlichkeit an (ſ. unten). Auch ſonderte man genauer perſönliche, dingliche und gemiſchte Gelübde (vota personalia, realia, mixta). Das perſönliche begreift eine Handlung, welche höchſt perſönlich den Gelobenden betrifft, alſo auch nur von ihm ausgeht, das dingliche hat eine Leiſtung für einen Dritten zum Gegenſtande und wird (den Umſtänden nach) auch von den Succeſſoren erfüllt, das gemiſchte enthält beides zugleich. Das perſönliche Gelübde iſt ein feierliches (Hochgelübde, votum solenne) oder einfaches (simplex, minus solenne). Von dieſer Unterſcheidung findet ſich bis zum eilften Jahrhunderte keine Spur[9]) und dieſelbe rührt erſt von Gratian her. Während nämlich urſprünglich jedes Gelübde nur als ein das Gewiſſen verpflichtendes betrachtet wurde und die Verletzung deſſelben als eine Sünde Buße nach ſich zog, ohne aber die dem Gelübde widerſprechende Handlung ſelbſt mit deren Folgen zu vernichten, änderte ſich ſpäter theilweiſe die Praxis, in der beſonderen Anwendung auf Regularen und Kleriker der höheren Weihen. Anlaß dazu mochte ſowohl die feierliche Form der Verpflichtung dieſer Perſonen[10]), als das Beſtreben, die Cölibatgeſetze effectvoller zu machen, darbieten. Wegen der Regularen beſtimmten die Kirchengeſetze ſchon ſeit dem fünften Jahrh., daß ihre Verpflichtung zum Kloſterleben ſo bindend ſei, daß die derſelben ſich entziehenden zur Rückkehr genöthigt, und wenn ſie nicht folgen wollten, vollſtändig aus der chriſtlichen Gemeinſchaft ausgeſchloſſen werden ſollten[11]). Auch Kleriker waren gehalten, nicht zur Welt zurückzukehren und insbeſondere keine eheliche Verbindung einzugehen[12]). Indeſſen wurde die von den Geiſtlichen geſchloſſene Ehe nicht annullirt, ſondern es trat nur die Remotion vom Amte ein. Erſt Calixt II. verordnete im J. 1119 und 1123, daß der Geiſtliche von der Frau getrennt werden[13]), und Innocenz II. im J. 1139, daß die Ehe ſelbſt nichtig ſein ſollte[14]). Gratian ſuchte den Grund dieſer Feſtſetzung in der Natur

8) Apoſtelgeſch. XVIII, 18. XXI, 24. Vgl. c. 14. Cau. XXXII. qu. II (aus IV. Moſis XXX, Note 5 cit.).

9) In der Stelle c. 3. dist. XXVII. (Theodorus in Poenitentiali?) findet ſich das Beiwort simplex (zu votum) in keiner Handſchrift, und in der gleichen Stelle c. 43. Cau. XXVII. qu. I. fehlt es ſelbſt in den gedruckten Ausgaben. In einigen alten Manuſcripten ſteht es als Interlinear-Gloſſe.

10) S. die bei Note 15 im Texte cit. Worte Gratians zu c. 8. dist. XXVII.

11) c. 7. Conc. Chalced. a. 451. (c. 3. Cau. XX. qu. III.) c. 6. Conc. Tolet. VI. a. 638. (c. 2. eod.) u. a. Vgl. den Art. Kloſter.

12) Vgl. den Art. Cölibat Bd. II, S. 682 flg.

13) c. 5. Conc. Rhemense a. 1119. c. 21. Conc. Lateran. I. a. 1123. (c. 8. dist. XXVII.)

14) c. 7. Conc. Lateran. II. (c. 40. Cau. XXVII. qu. I.)

des Gelübdes und nannte dasjenige, deſſen Wirkung nicht auf eine Vernichtung der demſelben widerſprechenden Acte ging, votum simplex, das aber, bei welchem dieſer Effect eintrat, votum solenne. Daher fügt er der erwähnten Verordnung Calixt's II. das dictum bei: Hic distinguendum est, quod voventium alii sunt simpliciter voventes, de quibus Augustinus et Theodorus locuti sunt [15]), alii sunt, quibus post votum benedictio accedit consecrationis, vel propositum religionis, de quibus Hieronymus et Nicolaus et Calixtus scripserunt [16]). Dieſen Sprachgebrauch behielten die Päbſte bei, jedoch in der Anwendung auf die Profeßleiſtung und Ehe beſchränkt [17]). Indem rückſichtlich der letzteren angenommen wurde, daß ein votum solenne ein impedimentum dirimens, ein simplex nur ein impediens erzeuge, konnten Zweifel entſtehen, ob jedes feierlich geleiſtete votum in dieſer Beziehung ein solenne ſei. Deßhalb entſchied Bonifacius VIII. im J. 1298: illud solum votum debere dici sollemne, quantum ad post contractum matrimonium dirimendum, quod sollemnizatum fuerit per susceptionem sacri ordinis, aut per professionem expressam vel tacitam, factam alicui de religionibus, per sedem apostolicam adprobatis [18]). Was aber die Profeßleiſtung betrifft, ſo ſind nicht blos die patres clerici, ſondern auch die fratres conversi (Laienbrüder) bei den Ciſtercienſern durch ein wahres votum solenne gebunden [19]).

Bedenklich erſcheint die Eintheilung eines votum expressum et tacitum bei dem feierlichen Gelübde. In den Quellen wird die professio expressa und tacita öfter unterſchieden [20]), und Bonifaz VIII. erkennt ſie in den eben angeführten Worten an. Der vollſtändige Effect des votum solenne ſcheint indeſſen alle geſetzlichen äußeren Formen der Profeßleiſtung vorauszuſetzen [21]). Das Tridentiniſche Concil weiſt nicht undeutlich darauf hin [22]), und Benedict XIV. (ſ. Note 19 cit.) legt auf die Formel des Gelübdes großes Gewicht. Neuere Canoniſten erklären ſich daher überhaupt gegen die Annahme eines ſtillſchweigenden Gelübdes [23]), welches Manche als den eigentlichen Rechtsgrund für den Cölibat anſehen, während Andere denſelben nicht auf ein Gelübde, ſondern auf das Geſetz zurückführen und die

---

15) S. Note 9. Vgl. c. 2. dist. XXVII. (Augustinus?)

16) C. 6. 9. dist. XXVII.

17) Man vgl. vorzüglich c. 3—7. X. qui clerici vel voventes. (4. 6.)

18) C. un. h. t. in 6to. (3. 15.) Vgl. Benedict. XIV. de synodo dioecesana lib. XIII. cap. XII. §. XI. XIII.

19) S. das Decret Benedict's XIV. vom 21. März 1747 (de synodo cit. lib. XIII. cap. XI. §. XXXVII.)

20) Vgl. den Titel de regularibus X. III. 31. in VI. 3. 14. u. a., ſo wie die nähere Ausführung im Art. Kloſter.

21) S. c. 13. X. de regularibus. (3. 31.): Cum monachum non faciat habitus, sed professio regularis, ex quo a convertendo votum emittitur et recipitur ab abbate. Vgl. c. 16. X. eod. c. 4. X. qui clerici vel voventes. (4. 6.)

22) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 9. de sacr. matrim. Sess. XXV. cap. 15—17. de regularibus.

23) S. Helfert (oben Note 1 cit.) §. 93 a. C. v. Droſte-Hülshoff, Grundſätze des Kirchenrechtes Bd. II, Abth. 1, §. 117.

hier in Betracht kommende Erklärung des Concils von Trient (sess. XXIV. can. 9. de sacr. matr.) ſo faſſen, daß die Worte: clericos in sacris ordinibus constitutos mit non obstante lege ecclesiastica, und die Worte: vel regulares, castitatem solemniter professos mit vel voto zu verbinden ſeien[24]), was allerdings nicht unzuläſſig iſt. Das Tridentinum hat aber dieſe Frage nicht entſchieden[25]).

Die Vorausſetzungen eines giltigen Gelübdes ſind, abgeſehen von den eigenthümlichen Bedingungen des concreten Falles (wie namentlich bei der Profeßleiſtung), theils objective, theils ſubjective. In objectiver Beziehung wird gefordert, daß es eine gute Handlung, eine wohlthätige Leiſtung ſei und zwar überhaupt de bono meliori, ſo daß die Unterlaſſung nicht den Vorzug verdiente[26]). Eine unſittliche[27]), die Rechte Dritter verletzende Handlung[28]) kann deßhalb gar nicht übernommen werden. Ob aber eine Handlung de bono meliori ſei, iſt nach den Umſtänden zu ermeſſen[29]). Die katholiſche Kirche erkennt dieß zwar im Principe an, doch erklärt ſie abſolut den eheloſen Stand für de bono meliori und ſpricht das Anathema über diejenigen aus, welche nicht zugeſtehen: esse melius ac beatius manere in virginitate aut coelibatu, quam iungi matrimonio[30]). Nicht ohne Grund bemerken aber auch Katholiken, daß Jemand eben ſo gut Gott geloben könne, ſich zu verehelichen, als ledig zu bleiben[31]).

In ſubjectiver Hinſicht wird vorausgeſetzt, daß der ſich Verpflichtende auch wirklich den animus voti habe[32]). Dazu gehört nach den allgemeinen Grundſätzen die freie Willensbeſtimmung und Erklärung[33]). Somit hindern Wahnſinn und Raſerei[34]), Gewalt, Furcht[35]), Irrthum (error causam dans) und andere derartige Gründe. Zum freien Willen gehört aber auch die rechtliche Möglichkeit des Conſenſes. Kinder bedürfen die Genehmigung der Eltern, welche auch ſtillſchweigend erfolgt, wenn nach erlangter Kenntniß nicht Widerſpruch erhoben wird[36]). Ehegatten können ſich ohne Einwilligung des anderen Theiles durch kein Gelübde

---

24) So Sauter, fundamenta iuris eccl. P. IV. §. 414. vgl. mit §. 835. v. Droſte-Hülshoff a. a. O.

25) Man ſ. noch van Espen, ius eccl. univ. P. II. tit. XIII. cap. IV. §. 13—15.

26) C. 4. Cau. XVII. qu. I. S. Note 3.

27) C. 1. 5. 10. 12. 13. 15. Cau. XXII. qu. IV.

28) C. 2. 6. Cau. XXXIII. qu. V.

29) Vgl. c. 1. X. h. t. (3. 34.)

30) Conc. Trid. sess. XXIV. can. 10. de sacr. matr.

31) Helfert a. a. O. §. 97, Anm. c.

32) C. 3. X. h. t. (3. 34.) (Alexander III. a. 1180.)

33) C. 1. X. de his quae vi metusque causa fiunt. (1. 40.) (Alex. III. a. 1180.) Dazu vgl. man beſonders Gonzalez Tellez ad h. cap. nr. 16 sq.

34) C. 15. X. de regularibus. (3. 31.) (Innoc. III. a. 1198.) Ratihabition nach der Geneſung entſcheidet.

35) C. 5. X. qui clerici vel voventes. (4. 6.) (Alex. III. a. 1180.)

36) C. 14. Cau. XXXII. qu. II. (ſ. oben Note 8 cit.)

verbinden, inſofern darunter die Rechte des einen leiden[37]). Eine Ausnahme tritt aber ein, wenn vor Conſummation der Ehe durch Geſchlechtsgemeinſchaft der eine Gatte das votum solenne castitatis ablegt, indem dann die Ehe ſelbſt dem Bande nach gelöſt wird[38]). Auch geſtattete Innocenz III. im J. 1204 dem Manne gegen den Willen der Frau, zu Gunſten der Kreuzzüge, die Wallfahrt nach dem gelobten Lande[39]). In Folge der hierarchiſchen Ordnung iſt dem Kleriker nicht ohne Conſens des Biſchofs, dieſem nicht ohne Einſtimmung des Metropoliten oder Pabſtes das Gelübde der Wallfahrt nach Jeruſalem (wie überhaupt keine längere Entfernung) verſtattet[40]), und dem Regularen ohne Einſtimmung des Obern überhaupt kein Gelübde zu thun erlaubt[41]), ausgenommen das, zu einer ſchwereren Regel überzugehen, woran ihn Niemand hindern kann[42]).

Eine beſtimmte Form iſt dem Gelübde nicht vorgezeichnet. Die moraliſche Verbindlichkeit zur Erfüllung iſt vorhanden, wenn auch nur der, noch gar nicht geäußerte, feſte Vorſatz gefaßt wurde. Die Geltendmachung auf Vollziehung erfordert dagegen eine wirkliche Aeußerung[43]); doch iſt dabei nicht außer Acht zu laſſen, ob das Gelübde unter Bedingungen geleiſtet wurde, deren Eintritt dann erſt abgewartet werden muß.

Das perſönliche Gelübde bindet nur die Perſon des Gelobenden und ſoll nicht durch Stellvertreter erfüllt werden, außer bei der Verpflichtung zum Kreuzzuge[44]). Anders iſt dagegen das Verhältniß beim dinglichen Gelübde, bei welchem die Kirche den Principien des römiſchen Rechtes über Pollicitationen folgen konnte[45]). So wie aus einem einer res publica gethanen Verſprechen eine Klage gegeben ward, die ſelbſt auf die Erben überging, wenn die Pollicitation aus einem beſtimmten Grunde geſchah[46]), oder, falls ein ſolcher Grund fehlte, der Pollicitirende die Erfüllung begonnen hatte[47]), ſo konnte auch das canoniſche Recht eine Klage für zuläſſig erachten[48]). Dieß iſt aber auch jetzt noch gemei-

---

37) Vgl. z. B. Cau. XXXIII. qu. V. c. 11. X. de conversione coniugatorum. (3. 32.) (Coelestin. III. a. 1195.)
38) S. den Art. Ehe Bd. III, S. 578.
39) C. 9. X. h. t. (3. 34.)
40) C. 7. X. h. t. (3. 34.) (Innoc. III. a. 1198.)
41) C. 2. C. XX. qu. IV. (Basilius c. a. 362. ? Theodorus Poenit.)
42) C. 18. X. de regularibus. (3. 31.) (Innoc. III. a. 1206.)
43) C. 3. X. h. t. (3. 34.) S. Eichhorn a. a. O. Bd. II, S. 527, Anm. 21.
44) C. 6. 8. X. h. t. (Innoc. III. a. 1200.) Vgl. c. 7. X. de fide instrumentorum. (2. 22.) (Innoc. III. a. 1208.)
45) S. Thibaut, Syſtem des Pandektenrechtes §. 981. Mühlenbruch, doctrina Pandectarum vol. III. §. 601. Eichhorn a. a. O. Bd. II, S. 521, Anm. 7.
46) L. 1. §. 1. L. 4. 6. D. de pollicit. (50. 12.)
47) L. 1. §. 2—5. L. 3. pr. D. eod. — S. L. 2. D. h. t.: Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur. Vgl. auch beſonders Nov. CXXXI. cap. 7.
48) C. 6. X. de testamentis. (3. 26.) c. 18. X. de censibus. (3. 39.) Vgl. über dieſe Stelle den Rec. von Müller's Lexikon des Kirchenrechtes, in

nes Recht und in Particularrechten zum Theil beſtätigt. So beſtimmt das preußiſche Recht, indem es den Gelübden an ſich, als einſeitigen Verſprechen, keine bindende Kraft beilegt, daß, ſofern der Erblaſſer die Erfüllung begonnen hatte, auch der Erbe vollenden müſſe, wenn er nicht nachweiſen kann, daß ihn der Autor nicht habe binden wollen[49]).

Ein gemiſchtes Gelübde verpflichtet den Erben, ſo weit es dinglich iſt. Iſt ein Gelübde wegen des Mangels der oben genannten Requiſite ungiltig, ſo wird es für unwirkſam erklärt (irritatio). Iſt es dagegen an ſich giltig, wird aber die Erfüllung wegen perſönlicher oder anderer Umſtände unmöglich oder doch ſonſt nachtheilig, daß der Grundſatz, es ſolle eine promissio de bono meliori ſein, nicht aufrecht erhalten werden kann, ſo muß es aufgehoben werden und zwar durch Dispenſation oder Verwandlung (commutatio)[50]). Die Dispenſation wird als vollſtändige Befreiung oder Ermäßigung, wie hinſichtlich der Zeit durch Aufſchub u. ſ. w.[51]), ertheilt. Das Recht hat der Kirchenobere und zwar regelmäßig der Biſchof[52]), bei den Bettelorden deren Obere[53]), und in gewiſſen Fällen der Pabſt, nämlich 1) vom Gelübde der Wallfahrt nach dem gelobten Lande (peregrinatio ultramarina), 2) nach Rom (visitatio liminum Apostolorum Petri et Pauli), 3) zum heil. Jacobus nach Compoſtella (Iacobum Apostolum — Giacomo Postolo), 4) dem votum castitatis (solenne) und 5) religionis[54]). Die Dispenſationen von der ewigen Keuſchheit und den Ordensgelübden (Seculariſation) ſind indeſſen faſt immer nur unvollſtändig, indem die Weihe des Prieſters nicht aufgehoben und den Regularen eine vollſtändige Rückkehr in die Welt nicht verſtattet, ſondern immer möglichſte Befolgung der Ordensregel auferlegt wird[55]). — Die Dispenſationsgründe ſelbſt hat der Kirchenobere ex arbitrio zu ermeſſen[56]). Niemand aber darf ſich ſelbſtſtändig von ſeinen Gelübden dispenſiren. Er wird dadurch ſtraffällig und kann nur vom Biſchofe in dieſem Falle Abſolution erhal-

---

Lippert's Annalen des Kirchenrechtes Hft. III, S. 170—172. Vgl. Gieſeler, Kirchengeſch. Bd. II, Abth. 1, §. 18, Note n.

49) Vgl. Allg. Landrecht Th. I, Tit. 5, §. 5, 6, und den Auszug aus den Materialien bei Bornemann, ſyſtematiſche Darſtellung des preuß. Civilrechtes Bd. II, S. 398, 399.

50) Wegen der allgemeinen Grundſätze vgl. man den Art. Dispenſation Bd. III, S. 449 flg.

51) C. 5. 8. X. h. t. (3. 34.)

52) C. 1. X. h. t. (Alexander III. a. 1180.) S. aber noch Note 61.

53) Dieſe haben das Recht durch päbſtliche Verleihung.

54) C. 2. (Alex. III. a. 1180.) c. 9. X. h. t. (Innoc. III. a. 1204.) c. 5. Extrav. comm. de poenitentiis et remissionibus. (5. 9.) (Sixtus IV. a. 1478.) Vgl. Conc. Bisuntin. a. 1571. (Hartzheim, Conc. Germ. T. VIII. fol. 86.)

55) Das Nähere im Art. Kloſter und Ordo. Inzwiſchen vgl. J. H. Böhmer, zum c. 6. X. de statu monachorum. (3. 35.) not. 5.

56) C. 1. 2. 5. 7—9. X. h. t.

ten[57]). Dagegen iſt die Verwandlung eines Gelübdes in ein höheres jedem freigeſtellt, wobei als das verdienſtlichſte die Profeßleiſtung angeſehen wird. Daher heißt es: omne votum mutabile est in votum religionis[58]). Das Recht zu ſonſtigen Verwandlungen ſteht dem Biſchofe zu[59]), der daſſelbe auch anderen Geiſtlichen der Diöceſe, ja jedem Beichtiger übertragen kann[60]). Wenn nun in den Quinquennalfacultäten den Biſchöfen regelmäßig vom Pabſte auch die verliehen wird: dispensandi et commutandi vota simplicia in alia pia opera exceptis votis castitatis et religionis[61]), ſo iſt dieß eine Verleihung, welcher die Biſchöfe nicht bedürfen.

In der evangeliſchen Kirche wurden die bisherigen Grundſätze über die perſönlichen Gelübde ganz verworfen[62]). Alle feierlichen Gelübde wurden für unverbindlich erklärt, unfeierliche wohl noch zugelaſſen, aber deren Befolgung dem Gewiſſen jedes anheim geſtellt[63]). Die dinglichen Gelübde wurden dagegen, den Beſtimmungen des gemeinen Rechtes gemäß, als bindend anerkannt und auch particularrechtlich mit einer Klage verſehen. H. F. Jacobſon.

Gemeinde. Sie iſt eine, zu einem Vereine gebildete, Abtheilung des Volkes, welche einen (integrirenden) Beſtandtheil des Regierungsorganismus des Staates bildet, in dem durch das Volk, vermittelſt einer ſolchen Thätigkeit, welche einen adminiſtrirenden Charakter an ſich trägt, ein Staatszweck verfolgt wird[1]). — Eine Gemeinde in dieſem

---

57) Als einen casus reservatus episcopi betrachten von jeher die teutſchen Diöceſangeſetze dieſen Fall. Vgl. die Nachweiſungen im Index zu Hartzheim's Coll. Conciliorum Tom. XI. fol. 433a.

58) C. 4. X. h. t. Vgl. c. 3. X. de iureiurando. (2. 24.)

59) C. 1. X. h. t.

60) Beiſpiele. Concil. Colon. a. 1354. (Hartzheim, Conc. Germ. Tom. IV. fol. 477. 478.) Concil. Cameracense a. 1586. tit. VIII. c. 5. (eod. Tom. VII. fol. 1005.) Concil. Curiense a. 1605. (eod. Tom. VIII. fol. 648.)

61) So z. B. bei v. Droſte-Hülshoff a. a. O. Bd. II, Abth. 1, S. 150, Nr. 9.

62) S. beſonders Luther in der Schrift von der babyloniſchen Gefangenſchaft der Kirche (die Auszüge bei Planck, Geſch. des proteſtantiſchen Lehrbegriffes Bd. I, S. 297—299).

63) Augsburg. Conf. Art. 27. Apologie der Conf. Art. 13. Schmalkald. Artikel Art. 14.

64) S. oben Note 45 flg. Vgl. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. III. tit. 34. §. 20. Eichhorn a. a. O. S. 521.

1) Badiſche Gemeindeordnung v. 31. Dec. 1831, §. 6: Jede Gemeinde hat das Recht die auf den Gemeindeverband ſich beziehenden Angelegenheiten zu beſorgen, und ihr Vermögen ſelbſtſtändig zu verwalten. S. unten Note 3. Die Gemeinden ſind die Grundlage des Staatsvereines. Großherzogl. heſſ. Geſ. über die Gemeindeordn. v. 30. Juni 1821, Art. 1. Württemb. Geſ. über das gem. Bürger- und Beiſitzrecht v. 4. Dec. 1833, Art. 1. Sachſ.-Altenb. Grundgeſ. v. 29. April 1831, §. 100. — Sie ſollen bemüht ſein, alles zu befördern, was dem Staatszwecke entſprechend und heilſam iſt. Ebendaſ. §. 114.

Sinne kann ohne Anerkennung von Seiten der Staatsgewalt nicht beſtehen[2]. — Die neueren Geſetzgebungen haben als den durch die Gemeinden zu erreichenden Zweck vorzüglich indeß nur die Verwaltung und Aufbringung derjenigen Vermögenskräfte (ſ. unten. XV. Gemeindehaushalt) angeſehen, welche zur Erreichung ſolcher Staatszwecke erforderlich ſind, die nach Verſchiedenheit der Localität bald größeren, bald geringeren Aufwand erfordern, bald auf dieſe, bald auf jene Weiſe zweckmäßiger und vortheilhafter erreicht werden können, z. B. Erhaltung der Gemeindegebäude, Armenverſorgung; ſie haben dabei denn auch den Gemeinden in Anſehung ſolcher Verhältniſſe, welche auf Vergrößerung oder Verringerung jenes Aufwandes Einfluß haben können, z. B. bei der Aufnahme neuer Mitglieder, eine Concurrenz geſtattet. Sie haben aber die allgemeine adminiſtrirende Thätigkeit der einer ſolchen Gemeinde angehörigen Subjecte regelmäßig auf Wahlen[3]) von Vertretern und Vorſtänden beſchränkt, welche die unmittelbare Adminiſtration beſorgen, auch dieſe Vorſtände mehr oder weniger mit obrigkeitlichen (richterlichen und polizeilichen) Functionen bekleidet; inſofern alſo den durch die Gemeinde zu erreichenden Staatszweck über jene Sphäre der Vermögensintereſſen hinaus erweitert, aber dahingegen auch dieſe Vorſtände, insbeſondere in Anſehung dieſer Functionen, oft in das Verhältniß von Dienern des Staates oder des Regenten gebracht (ſ. unten: V. Gemeindevorſtand). — Je nachdem die Staatsregierungen die Gemeinden bei ihrer hergebrachten Thätigkeit belaſſen oder mit der ihnen zugeſtandenen Thätigkeit keine eigene zur Vollendung ihrer Wirkſamkeit erforderliche Concurrenz verbunden, ſondern ſich mit einer Oberaufſicht über dieſelben begnügt, oder umgekehrt dahin geſtrebt haben, entweder die Thätigkeit der Gemeinden in ſich zu vereinigen (zu centraliſiren), oder durch eine geeignete Organiſation die Selbſtthätigkeit der Gemeinden zu befördern, hat man ihr Princip als das Syſtem der Obervormundſchaft, der Suppreſſion oder der Emancipation der Gemeinden bezeichnet[4]).

Nach der doctrinellen und hiſtoriſchen Lage des Gegenſtandes erfordert die Rechtfertigung des an die Spitze geſtellten Begriffes indeß eine Abgrenzung der Gemeinde ſowohl der ſogen. moraliſchen privatrechtlichen Perſönlichkeit, als dem Staate und dem bloßen Regierungsbezirke, der Familie, den Geſellſchaften, Verbrüderungen und Innungen gegenüber.

---

2) Nur durch die Geſetzgebung können Gemeinden aufgelöſt und gebildet werden. Großherz. heſſ. Gemeindeordn. (v. 30. Juni 1821), Art. 3. Bad. G.=O. §. 4. Genehmigung der Regierungsbehörde fordert die königl. ſächſ. Landgemeindeordn. v. 7. Nov. 1838, §. 14.

3) Großh. heſſ. G.=O. Einl.: Um die Angelegenheiten der Gemeinden auf die Grundlage eigener ſelbſtſtändiger Verwaltung ihres Vermögens durch von der Gemeinde Gewählte, unter der Oberaufſicht des Staates, zu ordnen u. ſ. w.

4) Vgl. Maurenbrecher, Lehrb. des teutſch. Privatrechtes (2. Bearb.), §. 165, 165a. Der Vorbehalt der Oberaufſicht der Staatsregierung findet ſich zuweilen ausdrücklich ausgeſprochen. Vgl. oben Note 3. — Königl. ſächſ. Geſ. v. 2. Febr. 1832, die Publ. u. ſ. w. d. allgem. Städteordnung betr. Einl.

— Man betrachtet die Gemeinde als eine Art der Gemeinheiten, und verſteht unter einer Gemeinheit die rechtliche Vereinigung mehrerer Subjecte zu einem einzigen in Beziehung auf einen gemeinſamen Zweck[5]). Dieß kann man ſich in zweifacher Art denken. Entweder 1) ſo: daß die mehreren Subjecte ſelbſt als ein einziges gelten[6]), in der Art, daß alle für einen ſtehen und einer (inſoweit er nämlich als Genoſſe erſcheint) für alle; oder 2) ſo: daß die mehreren Subjecte die Organe eines von ihnen verſchiedenen blos intellectuellen Subjectes und blos deſſen Subſtrat ſind[7]). — Der Unterſchied zwiſchen beiden Auffaſſungsweiſen beſteht darin, daß die mehreren vereinigten Subjecte auch in der Vereinigung bei der erſteren Subjecte bleiben, bei der letzteren aber aufhören es zu ſein[8]). Daraus folgt denn weiter: daß bei der erſteren die Glieder des Vereines auch als ſolche, und zwar jeder für ſich, Rechte haben, daß aber bei der letzteren ihnen als ſolchen gar keine Rechte zuſtehen können[9]); und wenn man den Gemeindegliedern als ſolchen Rechte beilegt[10]), ſo muß man bei der Gemeinde nothwendig von dem erſteren Geſichtspunkte ausgehen. Es folgt dieß auch daraus, daß die Gemeinde eine Abtheilung des Volkes, und ein Gemeindeglied als ſolches auch Glied eines Volkes iſt. Denn die Glieder eines Volkes ſind doch gewiß Subjecte, und müſſen es ſein, wenn es innerhalb einer Rechtsordnung überhaupt ſolche geben ſoll. — Hiernach kann man eine Vereinigung in der erſten Bedeutung ſchon als Gemeinde, von der im zweiten Sinne, als der eigentlichen Gemeinheit, unterſcheiden. — Es können aber die Glieder einer Gemeinheit ebenfalls Glieder einer Gemeinde, und dieſe kann das Subſtrat jener ſein; ſo daß die Glieder dieſes Subſtrats ein Recht auf das Beſtehen der Gemeinheit haben. Auch iſt

---

5) Auch Maurenbrecher a. a. O. §. 164, vgl. mit §. 158, 159, betrachtet die Gemeinden als moraliſche oder juriſtiſche Perſonen, womit ihm Corporationen gleichbedeutend ſind, obgleich er ſie nur als Eintheilungen zum Zwecke der Staatsregierung, nach ihm öffentliche Corporationen, anſieht. — Ebenfalls nimmt Mittermaier, Grundſ. des gem. teutſch. Privatrechtes (§. 111) §. 122, die moraliſche Perſönlichkeit in den Begriff der Gemeinde auf. — Allein daraus, daß Gemeinden oft eine ſolche beigelegt iſt, z. B. der römiſchen respublica (L. 1. §. 1. D. quod. cuiusc. univ. nom. [3. 4.]), und ſo auch in manchen teutſchen Geſetzen (z. B. bayer. Gemeindeordn. v. 17. Mai 1818, §. 20; meining. Grundgeſ. v. 23. Aug. 1829, Art. 20, vgl. mit Art. 22), folgt nicht, daß dieß zum Weſen einer Gemeinde gehöre.

6) In dieſer Art, daß mehrere coniunctim Eine Perſon ſind, denkt ſich Nettelbladt, system. elem. iurisprud. pos. Germ. etc. §. 17., eine moraliſche Perſon, und mit ihm bis jetzt noch die Mehrzahl der Schriftſteller.

7) So die universitas der Römer (vgl. meine Identität und Connexität d. Rechtsverh. §. 6, Note 5a, S. 134), die man gewöhnlich als moraliſche Perſon bezeichnet; und ſo wird auch im weſentlichen oben, in dem Artikel Corporation, die juriſtiſche Perſon behandelt.

8) Am entſchiedenſten tritt der Unterſchied bei der Theilung der Gemeindegüter (ſ. unten) hervor.

9) Dieſe ſpricht man ihnen indeß auch dann gewöhnlich ab, wenn man von dem erſten Geſichtspunkte ausgeht. Allein wer vermag dieß zu einigen?

10) Eichhorn, Einleit. in das teutſche Privatrecht §. 372. Maurenbrecher §. 167, vgl. mit §. 162 nach Note 1.

es den römiſchen Rechtsquellen keineswegs fremd, den Inbegriff der Gemeindeglieder von der Gemeinheit, der universitas, dem intellectuellen Moment, welches personam sustinet, zu unterſcheiden[11]). — Zwar legen ſie der Vereinigung mehrerer Perſonen zu einem gewiſſen gemeinſamen Zwecke, in Anſehung der durch die Ausführung dieſes Zweckes hervorgerufenen rechtlichen Wirkungen zu Dritten, die Folge bei, daß ſie als eine Perſoneneinheit behandelt werden, ohne dadurch die moraliſche Perſönlichkeit der universitas entſtehen zu laſſen[12]). — Allein eine ſolche Vereinigung an ſich, ohne daß ihr die Vereinigung in der Thatſache der Ausführung des Zweckes hinzugetreten iſt, begründet noch keine privatrechtliche Perſoneneinheit, ſondern jedenfalls nicht mehr als das Verhältniß der Gegenſeitigkeit zwiſchen den vereinigten Perſonen, vermöge deſſen die eine der anderen verpflichtet iſt, für jenen Zweck zu ſtreben[13]). — Damit iſt aber die Anerkennung einer ſo vereinigten Mehrheit, auch abgeſehen von jener Vereinigung in der Ausführung, als eines einzigen Organes des Staatsorganismus, nicht ausgeſchloſſen, ſobald nur ihr Zweck auch ein Staatszweck iſt. — Der Staat ſelbſt, ſobald man nur ſein Weſen nicht in einer bloßen Unterwürfigkeit einer Mehrzahl unter einem Oberherrn findet, bildet eine ſolche Einheit, und inſofern eine Gemeinde. — Allein er unterſcheidet ſich von einer eigentlichen Gemeinde weſentlich eben dadurch, daß er der Staat ſelbſt, alſo nicht ein Organ eines ſolchen iſt, und nicht innerhalb einer Rechtsordnung beſteht, ſein Daſein alſo nicht von rechtlicher, ſondern nur von factiſcher Anerkennung abhängt. — Denn die völkerrechtliche Anerkennung der Staaten unter einander kann einer, innerhalb einer gemeinſamen Rechtsordnung beſtehenden gegenüber, immer nur als Factum gedacht werden. — Selbſt nicht im Staatenbunde, ſondern nur im Bundesſtaate, wo auch die einzelnen Angehörigen der ſtaatlichen Vereine als Einzelne unmittelbar der gemeinſamen Bundesgewalt unterworfen ſind, werden dieſe Vereine ihrem Weſen nach Gemeinden[14]).

11) So die municipes, qui in unum consentire non possunt (L. 1. §. 22. L. 2. D. de A. v. A. P. [41. 2.], vgl. L. 15. §. 1. D. de dolo [4. 3.]), von dem municipium quod personae vice fungitur (L. 22. D. de fideiussor. [46. 1.]) und welches allerdings durch die Thätigkeit ſeiner Organe einen Beſchluß faſſen kann u. ſ. w. (vgl. meine Identität u. ſ. w. a. a. O. Note 5a und 6.)

12) So in Beziehung auf Verpflichtungen: L. 15. §. 2. D. quod vi aut clam. (43. 24.): Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit si communi consilio plurium id factum sit. licere, vel cum uno, vel cum singulis experiri. opus enim quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. (Vgl. Ribbentrop, zur Lehre von der Correalobligation S. 98—105.) In Beziehung auf erworbene Berechtigungen: L. 9. pr. D. de pactis. (2. 14.): Si plures sunt qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Ut puta plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt. Ueber beide Stellen meine Identität u. ſ. w. §. 6, Note 46a, S. 165, Note 27, 28, S. 150, 151.

13) So bei der Societät.

14) Ueber den Unterſchied zwiſchen Staatenbündniß, Staatenbund und Bundesſtaat: P. A. Pfizer, Entwickelung des öffentl. Rechtes in Teutſchland. Stuttgart 1835.

Sie ſind, wie dieſe, Völker im Volke, oder Staaten im Staate; worin überall kein Mißverhältniß liegt, ſo lange der Einzelſtaat nur in der That in dem Geſammtſtaate iſt, d. h. in Uebereinſtimmung mit dieſem durch jenen Staatszwecke verfolgt werden. — Die römiſchen Municipien, denen eine universitas beigelegt wird, waren in ihrer früheren Bedeutung nur verbündete Staaten von Rom, ſtanden in einem Staatenbunde mit dieſem, wiewohl ihre Angehörigen, wenn ſie ſich zu Rom befanden, derſelben Rechte theilhaft waren, wie römiſche Bürger, mit Ausnahme der Fähigkeit zur Theilnahme an den Volksverſammlungen und der Erlangung von Staatsämtern; in der ſpäteren Zeit ſind ſie zu einem einzigen Staate verbundene ſtaatliche Vereine, das Verhältniß zwiſchen ihnen und Rom iſt von dem des Bundesſtaates nur durch die Unterwürfigkeit, in der ſie zu Rom als dem Haupte ſtehen, verſchieden, die ſie denn auch in die Claſſe der Gemeinden im ſtrengſten Sinne verſetzt[15]. — Nicht aber die universitas war das weſentliche Merkmal, wodurch ſie, die reipublicae oder civitates, ſich von anderen Unterabtheilungen des Staates, den bloßen Verwaltungsbezirken oder provinciae unterſchieden, ſondern vielmehr die eigene Adminiſtration von Angelegenheiten, welche Staatszwecke betreffen (ſ. unten), und ein rechtlicher Verband ihrer Glieder, welche in derſelben eine beſondere patria und einen beſonderen status civitatis für dieſe begründete, während man einer Provinz nur durch das willkürlich auflösbare Factum des Wohnſitzes angehörte[16]. — Allerdings handeln nun zwar auch die Angehörigen eines bloßen Verwaltungsbezirkes in demſelben für den Staatszweck, es ſei nun durch ein negatives, den Geſetzen gemäßes Verhalten, wodurch ſie ſich in den Staatsorganismus hineinfügen, oder durch ein Contribuiren; aber ſie üben nicht, wie Gemeindeglieder, eine adminiſtrirende Thätigkeit aus. Die Angehörigen eines bloßen Verwaltungsbezirkes haben als ſolche kein Recht darauf, daß dieſer beſtehe, weil er nur die Ordnung beſtimmt, wie die Staatsregierung ihre Geſchäfte eintheilt. Die Gemeindeglieder haben aber als ſolche ein Recht auf das Beſtehen der Gemeinde, weil ſie ihr Verhältniß zur Staatsregierung beſtimmt und Theil der Staatsverfaſſung iſt. — Eine ſolche adminiſtrirende Thätigkeit iſt auch dann noch nicht gegeben, wenn, wie es ſich in älteren teutſchen Verfaſſungen findet, die Angehörigen einer Unterabtheilung des Volkes in dem Verhältniſſe zu einander ſtehen, daß für die von einem unter ihnen begangenen Verbrechen die übrigen haften, wie dieß bei der angelſächſiſchen und normanniſchen Friedebürgſchaft[17] (Freoborg, Frithborg, Friborg; norm. Francpledge), oder der Zehenmännerzahl (tien mana tala) der Fall war[18],

---

15) Vgl. Burchardi, Staats- und Rechtsgeſchichte der Römer S. 61—63.

16) Vgl. Bethmann-Hollweg, Verſuche S. 5—9. L. 190. D. de V. S. u. a.

17) Die Annahme einer Geſammtbürgſchaft als Grundlage aller altgermaniſchen Verfaſſungsverhältniſſe iſt ſo wenig haltbar, daß man auf ſie nicht bauen kann.

18) Vgl. darüber: Eichhorn, Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. Bd. 1, S. 178 flg. Savigny, Geſch. des röm. Rechtes im M.-A. Bd. 1, S. 183,

inſofern damit nicht eine polizeiliche oder richterliche Gewalt verbunden iſt[19]); und eben daſſelbe gilt von der Haftung einer ſolchen Abtheilung für die in ihrem Gebiete begangenen Verbrechen, wie ſie ſich z. B. bei der fränkiſchen Cent zeigt[20]). — Mit größerem Rechte könnte man den altteutſchen Gerichtsbezirk als eine Gemeinde betrachten; inſofern ſeine Angehörigen durch das Erſcheinen und Urtheilſprechen im Gerichte für die Rechtspflege thätig waren[21]). — Allein von dem Standpunkte jener Zeiten aus ſcheint dieſe Thätigkeit mehr in das Gebiet der allgemeinen Contribution zu gehören, und die Anwendung des Gerichtszwanges oder Bannes, das Halten des Gerichtes und die Vollſtreckung ſeiner Verfügungen, von Seiten des Richters, allein als ein Adminiſtriren betrachtet werden zu müſſen; ſo daß man zu einer, um es kurz zu bezeichnen, Gerichtsgemeinde, auch fordern müßte, daß der Richter von der Gemeinde beſtellt, oder mit anderen Worten, daß er ein Gemeindebeamter ſei.

Betrachtet man auf der anderen Seite die Familie, ſo zeigt ſich hier allerdings in Anſehung der Familienangelegenheiten eine adminiſtrirende Thätigkeit des Hausvaters, die zur Erhaltung der ganzen Familie dient, welche Erhaltung denn auch immerhin ein Staatszweck ſein kann. Allein mag auch der Staat für die Erhaltung der Familie, oder ihrer Glieder, Sorge tragen, und wo es nöthig iſt, z. B. bei Verſchwendern, ſelbſt thätig einſchreiten, ſo iſt dieß doch nicht der durchherrſchende rechtliche Geſichtspunkt. Nach dieſem handelt der Hausvater als ſolcher zu ſeinem eigenen, alſo zum Privatzwecke; er iſt kein Familienbeamter, der gegen ſeine Familienglieder zu dieſer Adminiſtration rechtlich verpflichtet und für dieſelbe verantwortlich wäre. Zwar können davon Modificationen eintreten, z. B. in Anſehung der dos der Ehefrau, der Adventitien der Kinder. Allein hier iſt inſoweit das Familienverhältniß ſchon gebrochen; der Hausvater ſteht ſeiner Ehefrau oder ſeinen Kindern nicht mehr als ſolcher gegenüber, ſondern ſie ſind gegeneinander ſelbſtſtändige Privatrechtsſubjecte, wenn gleich ſich bei dieſen letzteren ein

---

189, S. 235, 236. **Meyer**, instit. iud. I. p. 131 sq. **Rogge**, Gerichtsweſen der Germanen §. 12. **Phillips**, de Anglo. Saxon. re iud. §. 4. und deſſen Verſuch einer Darſt. der Geſch. des angelſächſ. Rechtes §. 31. E. A. **Feuerbach**, de universali fideiuss. p. 55 sq. **Unger**, Geſch. der altteutſch. Gerichtsverf. S. 36 flg.

19) Freilich heißt es in Leg. Edvardi R. (confess.) c. 20. über den Friborg: Ita quod si unus ex decem forisfecerit, novem ad rectum eum haberent. — Allein dieß geſchah doch immer nur im eigenen Intereſſe, um ſich von der Haftung zu befreien, man verſtehe dieß nun ſo, daß ſie ihn von Verbrechen abhalten, oder ſo, daß ſie ihn vor Gericht ſtellen ſollen.

20) Vgl. **Möſer**, Osnabr. Geſch. Bd. 1, Abſchn. 5, §. 29, Note c. **Eichhorn** a. a. O. S. 113. **Feuerbach** l. c. p. 117. — Aehnlich iſt die Verpflichtung der Bauern eines Kirchſpieles, welche Sclaven beſitzen, die Brüche zu erlegen, wenn ein Sclave eine Kirche anzündet oder auf dem Kirchhofe Blut vergießt, nach altem norweg. Kirchenrecht. Vgl. **Eſtrup** in **Falck's** n. Staatsb.-Mag. Bd. 5, S. 249; und Aehnliches fand auch in Rußland ſtatt. Vgl. **Mittermaier**, Grundſ. des gem. teutſch. Privatr. §. 110, Note 4 der 3. Ausg.

21) Vgl. **Maurer**, Geſch. des altgerm. Gerichtsverfahrens §. 7—9.

Ruhen der Ausübung ihrer Rechte während der Dauer des Familienverhältniſſes zeigt. — Abgeſehen davon geht die ganze privatrechtliche Perſönlichkeit der übrigen Familienglieder in der des Hausvaters auf. — So bei der römiſchen potestas und manus [21a]) und ebenfalls bei dem teutſchen Mundium des Familienhauptes [22]). — Es findet ſich aber der Unterſchied zwiſchen jenen römiſchen Inſtituten und dieſen teutſchen, daß dort die Vereinigung auch im Innern ſtattfindet, ſo daß ſelbſt im Begriffe keine Rechte der übrigen Familienglieder von denen des Hausvaters unterſchieden werden können, hier aber die Vereinigung nur in Anſehung der rechtlichen Schutzmittel gegen Dritte beſteht, indem der Hausvater die Perſönlichkeit der Familienglieder durch die ihm zuſtehende Vogtei, deren Güter durch die in ſeiner Hand liegende Gewere vertritt [23]); wiewohl die Gewere dahin führt, daß, ſo lange das Verhältniß des Mundium dauert, in rechtlicher Beziehung das Gut von dem des Familienhauptes nicht unterſchieden wird, z. B. Mann und Frau kein gezweietes Gut haben. — Die beſondere Natur dieſer Inſtitute führte es aber mit ſich, daß die römiſche potestas auch das Verhältniß zwiſchen Herren und und Sclaven ſein, das teutſche Mundium auch ein bloßes Unterthänigkeits- oder Hörigkeitsverhältniß zwiſchen einem Herrn und nicht zur Familie gehörigen Rechtsſubjecten bilden, und ſo ſich dem Gemeindeverhältniſſe nähern konnte. — Allein auch hier zeigen ſich Modificationen, welche das Verhältniß ſowohl von der Familie, als von der Gemeinde unterſcheiden. Es löſt ſich daſſelbe auch hier in zwei Beſtandtheile, in Gewere und Vogtei auf. — Eine Gewere hat nur der Grundherr vermöge des rechten Eigenthums am Grund und Boden, an dem er ſeinen ihm Unterthänigen, den Hinterſaſſen, Rechte eingeräumt hat; und ſeine Befugniß vermöge derſelben ſie im Beſitze dieſer Rechte durch gerichtliche Vertretung gegen Dritte zu ſchützen, und Gerichtsbarkeit in Streitigkeiten über ſolche, auf eine von ihm herrührende Verleihung geſtützten, Rechte zu üben [24]), iſt in erſterer Beziehung rein privatrechtlicher Natur (im Verhältniß zu Dritten iſt ihr Gut nicht gezweiet) und in der letzteren *Ausfluß* eines Privatrechtes. — Die Vogtei ſteht hier dahingegen vermöge einer Verleihung der Staatsgewalt zu, vermöge welcher die Bewohner eines regelmäßig im Eigenthume eines Grundherrn ſtehenden Bezirkes der Gewalt der gewöhnlichen Staatsbeamten entzogen und einem beſonderen Herrn unterworfen ſind, der dann eine Amtsgewalt aus einem privatrechtlichen Grunde erworben hat [25]). Der dadurch gebil-

---

21a) Die juriſtiſche Perſönlichkeit, das ius personae des Unterworfenen, liegt hier in der Hand des Hausvaters. Vgl. *Zimmern*, Geſch. des röm. Privatrechtes Bd. 1, §. 179, 126, vgl. mit §. 122 und mit *meiner* Identität u. ſ. w. §. 2, Note 45a—46, S. 28 flg., §. 3, S. 46 flg. Daſſelbe Merkmal findet ſich bei der dominica potestas. Vgl. ebendaſ.

22) Vgl. *Mittermaier* a. a. O. (§. 333, 314, 365, Note 7, 8) §. 381, 361, §. 415, Note 12—15. Sächſ. Landr. B. 1, 23.

23) Vgl. *Albrecht*, die Gewere u. ſ. w. §. 2.

24) Vgl. ſchwäb. Lehnr. (bei Laßberg) Cap. 125a.

25) Die Vogtei allein und für ſich iſt dem Vogt immer nur für die Zwecke des Bevogteten gegeben, nicht für ſeine eigenen. Allein der Grund, weßhalb

dete beſondere Verwaltungsbezirk, die Immunität, hat demnach keineswegs den Charakter einer Gemeinde[26]), ſondern bildet ein bloßes Territorium, und die Gewalt des Immunitätsherrn ſteht in Parallele mit dem dominium terrae, der ſpäter ſogen. Landeshoheit, wenn ſich auch innerhalb deſſelben, dem Herrn gegenüber, wiederum Gemeinden bilden können. Auch im Verhältniß zum Reiche werden die Landesherren mit ihren Unterthanen keineswegs den reichsunmittelbaren Gemeinden, die ihre Obrigkeiten durch Gemeindewahl erhalten, als Beſtandtheile von rechtlich gleicher Natur behandelt[27]).

Indem man die Gemeinden als eine Art der Corporationen aufgeſtellt, hat man zugleich zwiſchen öffentlichen und Privatcorporationen unterſchieden und den Unterſchied darin geſetzt, daß jene zu Staatszwecken vom Staate ſelbſt, dieſe zu Privatzwecken von Privatperſonen gegründet ſind[28]). — Nach dieſer Eintheilung würde die erſte Claſſe der Corporationen noch nicht durch die Gemeinden in der angegebenen Bedeutung erſchöpft ſein, ſondern es müßten dahin auch noch die Beamtencollegien gezählt werden. — In Anſehung der letzteren fragt es ſich hier um ihr Verhältniß zu den Gemeinden. — Wenn nun das Weſen der Gemeinde nicht darin gefunden werden kann, daß ihr eine universitas, womit des Sprachgebrauches wegen hier die Benennung: moraliſche Perſon und Corporation, gleichbedeutend genommen wird, beiwohnt, ſo kann eine Vereinigung zu Privatzwecken des zufälligen Umſtandes wegen, daß ſie ſowohl als eine Gemeinde mit einer ſolchen moraliſchen Perſönlichkeit bekleidet ſein kann, wie ſich dieß auch im römiſchen Rechte ſchon bei Societäten findet[29]), nicht mit der Gemeinde in eine und dieſelbe Categorie geſtellt werden. — Bei gewiſſen Vereinigungen kann man aber zweifeln, ob nach den doctrinellen Darſtellungen dieſelben deßhalb zu den Corporationen geſtellt werden, weil ihnen eine universitas beigelegt wird, oder deßhalb, weil man in ihnen das Weſen einer Gemeinde gefunden hat, und dieß tritt gerade bei ſolchen ein, bei denen man ebenfalls darüber zweifeln kann, inwiefern ihr Zweck ein Staatszweck oder ein Privatzweck ſei[30]). — Eine abſolute Grenze läßt ſich nun dafür nicht ziehen. Denn jede Einrichtung, an welcher mehrere, ohne reelle oder ideelle Urtheile, die einem Einzelnen ausſchließlich für ſeine von ſeiner Willkür abhängigen Zwecke unter-

---

ihm die Vogtei zuſteht, kann ein privatrechtliches Verhältniß ſein; und ebenſo verhält es ſich mit der Gerichtsbarkeit und überhaupt mit den Regierungsbefugniſſen, welche Ausfluß eines dominium terrae oder der Landeshoheit ſind.

26) S. indeß Mittermaier a. a. O. (§. 110) §. 120, Note 32. Maurenbrecher a. a. O. §. 158.

27) Vgl. kaiſ. Wahlcap. VIII. 13; über die Verſchiedenheit der Folgen des Mißbrauches des Zollrechtes.

28) Maurenbrecher a. a. O. §. 159.

29) Z. B. die societates vectigalium publicorum, aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum. L. 1. pr. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.) Vgl. L. 22. D. de fideiussor. (46. 1.)

30) Vgl. die bei Maurenbrecher a. a. O. §. 159 angeführten Beiſpiele.

worfen wären, Theil nehmen, kann Staatszweck ſein; es kann aber auch der Staat es ſeinen Gliedern überlaſſen, inwiefern ſie ſolche Einrichtungen treffen wollen oder nicht. Durch ein ſolches bloßes Unterlaſſen, ſelbſt durch ein Genehmigen, von Seiten der Regierungsgewalt, werden aber die Vereine zu ſolchen Einrichtungen noch keine Beſtandtheile des Regierungsorganismus, alſo auch keine Gemeinden; ſondern erſt dann, wenn die Verfaſſung des Staates eine Nothwendigkeit ihres Beſtehens conſtituirt, oder doch ihr Zweck, nach der Ausbildung, welche der Staat gewonnen hat, ein Staatszweck iſt, wenn auch die Staatsregierung, inſofern er durch jene Vereine ſchon erreicht wird, es unterläßt, für denſelben thätig zu ſein. — Demnach kann es zwar keinen Zweifel leiden, daß man erheiternde Muſeen und Caſinos u. dgl. nicht deßhalb zu den Corporationen gezählt hat[31]), weil ſie den Charakter einer Gemeinde an ſich tragen; allein zweifelhafter kann es in Anſehung der nachfolgenden Vereine, die man unter den Privatcorporationen aufzählt, erſcheinen. — Zuerſt ſind hier die Gilden zu nennen, welche urſprünglich den eben genannten heutigen, die Geſelligkeit bezweckenden Einrichtungen ganz gleich ſtehen; und ſo wie man mit dieſen heutzutage auch den Zweck der Unterhaltung und Belehrung durch Kunſtgenüſſe und Literatur verbindet, ſo verband man mit ihnen den der religiöſen Erbauung[32]). — Sie dehnten aber auch ihren Zweck auf den Schutz ihrer Glieder[33]) und auf die Beförderung ihrer gewerblichen Angelegenheiten aus, und ſo entſtanden die Handwerks- und Kaufmannsgilden[34]). — Bei ihnen läßt ſich ein Uebergang von bloßen Geſellſchaften oder Verbrüderungen zu Gemeinden mit dem Zeitpunkte annehmen, wo der Staat dieſelben Zwecke zu den ſeinigen zählt. — Der Schutz, den ſie ihren Gliedern gewährten, beſtand beſonders in der Unterſtützung bei der Selbſthilfe wegen Verletzungen und der Vertheidigung bei Gericht[35]); dieſe Zwecke konnte der Staat ſich nicht aneignen, wohl aber durch genügende oder veränderte Rechtspflege überflüſſig und hinfällig machen. Denn eine Ahndung, welche vom Staate ausgeht, kann nicht Selbſthilfe ſein, und die Vertheidigung Einer Partei vor Gericht kann immer nur ein Privatzweck dieſer Partei, und eben daher kein Staatszweck ſein. — Anders verhält es ſich mit der Beförderung ihrer gewerblichen Angelegenheiten, auf welche der Staat ſpäter ſeine Fürſorge und Thätigkeit erſtreckte. Das Mittel dazu war zunächſt die Ertheilung von Privilegien zur ausſchließlichen Be-

---

31) Vgl. Maurenbrecher a. a. O.

32) Vgl. Wilda, das Gildenweſen im Mittelalter S. 26 flg., vgl. mit S. 6 flg., S. 13 flg., S. 17 flg., S. 122, 123 und insbeſondere S. 344 flg.

33) Wilda a. a. O. S. 62 flg., S. 166 flg.

34) Wilda a. a. O. S. 228 flg., S. 288 flg.

35) Sie rächten die Verletzungen ihrer Genoſſen, wenn nicht die compoſitio geleiſtet wurde und unterſtützten ſie durch Beiträge, wenn ſie compoſitio zu geben hatten oder beförderten ihre Flucht (Wilda a. a. O. S. 42—44, S. 70, 71, S. 127 flg.), ſtanden ihnen vor Gericht als Eideshelfer zur Seite (Wilda a. a. O. S. 57, S. 80—82, S. 126, S. 133—135) und leiſteten ihnen bei ſonſtigen Unfällen Hilfe und Beiſtand (Wilda a. a. O. S. 123).

fugniß der Gildeglieder zur Betreibung gewiſſer Handwerke oder des Handels, die dann dieſen letzteren einen Status ertheilte, der auch im Verhältniß zu Ungenoſſen beſondere Befugniſſe mit ſich führte [36]). Dieß iſt das charakteriſtiſche Merkmal der Innungen und Zünfte, durch welches ſie ſich von den Gemeinden im engeren Sinne, die ihren Gliedern nur im Kreiſe der Gemeinde beſondere Befugniſſe verleihen, unterſcheiden. Uebrigens aber iſt ihre Stellung auch ſo, daß ſie nicht ſowohl als gebotene, ſondern vielmehr als aus dem Volke hervorgegangene und vom Staate, als ſeinen Zwecken entſprechend, geduldete, anerkannte oder ſelbſt beförderte Inſtitute erſcheinen; deren Beſtehen die Staatsregierung nicht erzwingt, an deren Stelle ſie aber, wenn ſie untergehen würden, ſelbſt treten müßte, um den Zweck zu fördern, den ſie verfolgten. Allein ſie haben eine eigenthümliche Stellung in der Staatsverfaſſung dadurch erlangt, daß ſie den Kern der Stadtgemeinden bildeten und ſo ihre gewerblichen Gerechtſame ſtädtiſche Gerechtſame wurden [37]). Obgleich dieſe ihre Stellung in jüngerer Zeit oft dadurch in den Hintergrund getreten iſt, daß ein großer Theil der Glieder der Stadtgemeinde ein Gewerbe treibt, welches nie zünftig geweſen oder es doch nicht geblieben iſt, wie regelmäßig der Großhandel, die Zünfte auch auf keinen Fall durchgängig und zu allen Zeiten der herrſchende Theil der Stadtgemeinden [38]) geweſen ſind, ſo ſind ſie doch immer diejenigen Beſtandtheile derſelben, welche die Gerechtſame ausüben, die die Stadt als ſolche rechtlich qualificiren. Aber es erwarben nun auch ganze Städte gewerbliche Privilegien, wie zu Meſſen und Jahrmärkten, Münz=, Stapelrecht u. dgl., ſo wie die Bannmeile, als das Recht zu verhindern, daß in einem gewiſſen Umkreiſe ſich Gewerbsleute niederlaſſen, welche denen der Stadt Eintrag thun; wiewohl, wenn das Gewerbe, zu deſſen Gunſten ſolche Privilegien ertheilt ſind, innungsmäßig iſt, die Benutzung deſſelben von Seiten des Einzelnen außer dem Erwerbe des Bürgerrechtes auch Aufnahme in die Innung vorausſetzt [39]). Von anderen gildenartigen Vereinigungen der

---

36) Als Zweck des Staates kann dabei immer nur der gedacht werden, die Gewerbe auf eine dem allgemeinen Intereſſe entſprechende Weiſe zu fördern. Von den Umſtänden mußte es abhängen, ob dieß durch Begünſtigung oder durch Beaufſichtigung und Beſchränkung der Gewerbetreibenden geſchah.

37) Ueber das Verhältniß der Schutzgilden zur ſtädtiſchen Verfaſſung: Wilda a. a. O. S. 145 flg.

38) Gewiſſe Gilden nehmen indeß zuweilen einen ſolchen Standpunkt ein; ſo z. B. war der Aeltermann der Kanutsgilde zu Flensburg auch der Bürgermeiſter der Stadt, Wilda a. a. O. S. 159, und in Cöln wurden von und aus der Richerzeche, die vielleicht ebenfalls eine Gilde war, die Conſuln der Stadt gewählt, Wilda a. a. O. S. 176 flg. Solche höchſte Gilden waren auch die Münzerhausgenoſſenſchaft in Speier, die Dreifaltigkeitsbrüderſchaft, Cirkelergeſellſchaft oder Junkercompagnie in Lübeck, Wilda a. a. O. S. 196 flg., S. 122 flg. Allein dieſe Gilden blieben wenigſtens nicht Gewerbsgilden, und inſofern ſie dieſe Eigenſchaften hatten, waren ſie Kaufmanns= und keine Handwerksgilden. Vgl. ebendaſ. S. 232, S. 234 flg. — Vgl. auch Mittermaier a. a. O. (§. 124) §. 136.

39) Manche dieſer Rechte, welche der Stadt verliehen, wurden indeß nur von den Gliedern der herrſchenden Innung ausgeübt, z. B. das Münzrecht.

älteren und der neueren Zeit läßt es ſich indeß überall nicht begründen, daß ſie in die Reihe der Gemeinden eingetreten ſind; ſie blieben vielmehr bloße Geſellſchaften oder Verbrüderungen, wie die ſchon vorhin berührten Vereine zu geſelligen Zwecken und ſolche, welche die Unterſtützung ihrer Mitglieder durch gemeinſchaftliche Beiträge in Unglücksfällen u. ſ. w. bezwecken, z. B. Feuer=, Witwen=, Sterbecaſſen und ſonſtige Verſicherungsgeſellſchaften[40]), welche noch heutzutage zuweilen unter der Benennung von Gilden beſtehen. Ihnen kann eine moraliſche Perſönlichkeit beigelegt ſein, allein eine beſondere teutſche Corporationstheorie[41]), inſofern ſie ſich begründen laſſen ſollte (ſ. unten nach Note 47), wird auf ſie nicht angewendet werden können. — Andere Verbrüderungen, mit dem Zwecke des Schutzes ihrer Glieder durch Selbſthilfe (in der Fehde) und Beiſtand ihrer Genoſſen vor Gericht, wie ſie unter Verwandtſchaften oder mehreren Familien deſſelben Geſchlechtes[42]), oder unter ihnen nachgebildeten theilweiſe oder ganz durch willkürliche Aufnahme oder Vereinigungen entſtandenen Genoſſenſchaften beſtanden, wie die Klüfte und Schlachten in frieſiſchen Gegenden und in Dithmarſchen, die Vetterſchaften auf Femarn[43]), Erbeinigungen[44]), Ganerbſchaften und Burgmannſchaften[45]), konnten in die Reihe der Gemeinden aus eben denſelben Gründen nicht eintreten, welche den Gilden, ſofern ſie auf ſolche Zwecke gerichtet waren, dieſes Eintreten verſagen mußten (ſ. oben nach Note 35). — Sie würden, inſofern ſie ein factiſches Fortbeſtehen bewahrt hätten, in Beziehung auf den Beiſtand durch Eideshilfe vor Gericht jede Bedeutung verloren haben, in Beziehung auf die Fehde aber in die Reihe

---

Vgl. Wilda a. a. O. S. 197. — Ueber das Erforderniß der Aufnahme in eine Innung z. B. noch, königl. ſächſ. Städteordn. v. 2. Febr. 1832, §. 63.

40) Es verſteht ſich indeß, daß ſie auch neben anderen Vereinen unter den Gliedern derſelben beſtehen können, namentlich bei innungsmäßigen Vereinen, z. B. bei der Bergknappenſchaft. Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 200, V.

41) Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 158 mit Note 5. — Eine ſolche teutſche Corporation könnte nur ſo gedacht werden, daß eine phyſiſche Perſon aus einer Mehrzahl ſolcher Perſonen in Beziehung auf die Rechte aller zu handeln befugt iſt.

42) Eideshilfe, Blutrache, Recht auf Wehrgeld und Verpflichtung zu demſelben beizutragen, unter den Verwandten. — Dieſes verwandtſchaftliche Verbrüderungsverhältniß ſuchten die willkürlich zuſammengefügten Verbrüderungen offenbar auch unter ihren Gliedern zu begründen. — Die Verwandtſchaften oder Geſchlechter waren gewiſſermaßen natürliche Gilden. Wilda a. a. O. S. 58.

43) Neocorus, Chronik des Landes Dithmarſchen (herausg. von Dahlmann, Kiel 1829) Bd. 1, S. 206. Niemann, Miscellen u. ſ. w. zur Kunde von Schleswig und Holſtein Bd. 2, S. 132. Falck, Staatsb.=Mag. Bd. 4, S. 250 flg. Wilda a. a. O. S. 58—61. Mittermaier a. a. O. §. 120, Note 24, 25.

44) Vgl. Runde, Grundſ. des teutſch. Privatr. §. 662. Mittermaier a. a. O. (§. 404) §. 455 a. E.

45) Dieſe hatten zwar auch Einfluß auf die Vermögensverhältniſſe, ja dieſer mag häufig der Hauptzweck geweſen ſein; allein ſchon die Vermittelung deſſelben durch eine gemeinſame Gewere (ſ. unten bei Note 48) führte zu einem gegenſeitigen Schutzverhältniſſe.

der collegia illicita des römiſchen[46]) und der verbotenen coniurationes des teutſchen Rechtes getreten ſein. Denn ſelbſt eine Verbindung zum eigenmächtigen Schutze von Rechten fällt unter dieſen Begriff, ſobald der Staat denſelben ſeiner Regierung ausſchließlich zuweiſt; und jene coniurationes waren nichts Anderes als jene Gilden, welche die Herrſcher zu anderen Zeiten begünſtigt hatten, aber unterſagten, als ſie ſtatt ihrer handeln und dadurch ihre Macht vermehren wollten[47]). — Bei den Ganerbſchaften, die man neuerdings zu den Corporationen geſtellt hat, findet ſich indeß eine Art von gerichtlichem Schutze, der auch noch jetzt wirkſam werden kann. Indem nämlich der weſentliche Grundbeſtandtheil eines ſolchen Vereines darin beſteht, daß in der Hand eines jeden die rechte Gewere für ſämmtliche unbewegliche Güter, welche jedem der mehreren Genoſſen für ſich zuſtehen, ſich befindet[48]), ſo wird damit jedem von ihnen die gerichtliche Geltendmachung der Rechte aller Genoſſen möglich gemacht. Daß nun dieſes Verhältniß die Ganerbſchaft nicht zu einer Gemeinde conſtituirt, folgt ſchon daraus, daß der Zweck deſſelben kein Staatszweck iſt. Indem man ſich dabei aber auch eine innere Vereinigung der Rechte ſelbſt gedacht, hat man hier ein beſonderes teutſches Geſammteigenthum und ein Zuſammenfließen der mehreren Genoſſen zu einer einzigen Perſon angenommen[49]) und iſt ſo dahin gelangt, dieſelbe, ebenſo wie die Ehegatten, welche in der, auf gleichem Bildungsprozeß beruhenden, ehelichen Gütergemeinſchaft ſtehen[50]), als eine myſtiſche Perſon zu bezeichnen[51]). Auf gleiche Weiſe läßt ſich auch das Verhältniß eines Grundherrn, welcher die Gewere für die Beſitzungen ſeiner ſämmtlichen Hinterſaſſen in Händen hat, auffaſſen[52]), wiewohl dieß heutzutage,

---

46) Ungeſetzlich ſind alle collegia und corpora, mit Ausnahme derjenigen, welche ſich religionis causa gebildet haben (L. 1. §. 1. D. de collegiis etc. [47. 22.]), die nicht auctoritate Senatus consulti oder Caesaris entſtanden ſind (L. 3. §. 1. L. 1. pr. L. 2. L. 3. pr. D. eod.) und ihnen wohnt die universitas nicht bei (L. 1. pr. §. 1. D. quod. cuiusc. univ. nom. [3. 4.]).

47) Eichhorn, Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. Bd. 2, S. 172, Note 170. Wilda a. a. O. S. 51, S. 167 flg.

48) Dadurch unterſcheidet ſich wenigſtens die Ganerbſchaft von einem bloßen Schutz- und Trutzbündniſſe, wie es die Erbeinigung iſt. — Indeß hat man auch wohl eine Verbrüderung, der jenes Merkmal fehlt, eine Ganerbſchaft genannt. Dieß ſcheint wenigſtens von der adeligen Ganerbſchaft Alt-Limpurg, welche zu Frankfurt a. M. beſtanden (Wilda a. a. O. S. 209 flg.), angenommen werden zu müſſen.

49) Das Verhältniß dürfte zuerſt bei Lehngütern in der coinvestitura iuris germanici (vgl. Eichhorn, Einl. §. 209, Note a) entſtanden ſein, weil ſich nur hier ein wirkliches Bedürfniß dafür zeigt; und ſonach von ihm die Idee eines Geſammteigenthums hergenommen, und nicht (wie Eichhorn a. a. O. §. 169 es darſtellt) erſt von anderen Inſtituten auf daſſelbe übertragen ſein.

50) Vgl. Runde, das teutſche eheliche Güterrecht §. 3, 33.

51) Haſſe, Reviſion der ehel. Gütergem. S. 93. Eichhorn a. a. O. §. 168.

52) Wegen dieſes Verhältniſſes erklärt Maurenbrecher a. a. O. §. 158 die Immunität als moraliſche Perſon. Allein es liegt ja nicht in der Immunität, ſondern in dem Hinterſaſſenverhältniſſe.

wo auch dem Hinterſaſſen gegen jeden ſelbſtſtändiger rechtlicher Schutz zu Theil geworden iſt, keinerlei Bedeutung mehr hat. — Inſofern als nun eine ſolche myſtiſche, auch moraliſche, Perſon überall keine römiſche universitas iſt, läßt ſich denn freilich von einer beſonderen teutſchen Corporationstheorie reden[53]).

So wie das römiſche Recht in Anſehung privatrechtlicher Verhältniſſe durch das Zuſammenwirken mehrerer Perſonen zu einem und demſelben Zwecke eine Einheit derſelben entſtehen läßt (ſ. oben Note 12), ſo findet auch daſſelbe in Anſehung von Functionen eines öffentlichen Amtes ſtatt. In privatrechtlicher Beziehung hängt aber ein ſolches Zuſammenwirken von bloßer Willkür ab, in Anſehung öffentlicher Amtsfunctionen ſetzt es aber, wie überhaupt die Vornahme jeder derartigen Handlung, eine Befugniß, welche ausgeübt werden muß, die Befugniß und die Pflicht mehrerer zu einem Wirken für denſelben Zweck voraus, und ſo iſt hier, ſchon ehe es zu einer Ausführung kommt, ein rechtliches Moment der Begründung einer ſolchen Einheit gegeben. Wenn nun von mehreren, welche in ſolchem Verhältniſſe ſtehen, der Grundſatz ausgeſprochen wird, daß ſie als ein einziges Subject gelten, weil ſie dieſelbe Function haben[54]), ſo iſt hier offenbar nur eine Einheit des Subjectes in dem Sinne anzunehmen, wie ſie vorhin bei der Ganerbſchaft anerkannt worden iſt; was einer ausführt, gilt eben ſo, als ob es der andere gethan (ſ. oben bei Note 6). Anders ſtellt ſich aber das Verhältniß, wenn ein wirkliches Zuſammenwirken mehrerer erforderlich iſt, damit eine Amtshandlung überall geſchehen könne, wie ſich dieß bei den heutigen Beamtencollegien zeigt[55]). Dieſe ſtehen in dieſer Beziehung in eben demſelben Verhältniſſe, wie die Glieder einer Gemeinde, dieſe ohne römiſche universitas gedacht, und können nur deßhalb nicht zu den eigentlichen Gemeinden gezählt werden, weil es eben eine Thätigkeit der Staatsregierung, und nicht die des Volkes iſt, welche ſie entwickeln. Eine ſolche Vereinigung findet aber da nicht ſtatt, wo die Thätigkeit eines jeden ſchon ein ſelbſtſtändiges Reſultat hat, wenn auch dieſes Reſultat, mit anderen vereint, wiederum ein weiteres Reſultat erzeugen ſoll. Das Glied eines Collegiums handelt beim Anhören einer Verhandlung, beim Abgeben ſeines Votum, als einzelnes amtliches Subject, und eben ſowohl der vom Staate angeſtellte academiſche Lehrer bei ſeinen Vorträgen, weßhalb denn auch Univerſitäten keine Gemeinden, ſondern nur inſofern Corporationen ſein können, als ihnen eine moraliſche Perſönlichkeit beigelegt iſt.

Inſofern den Standesgenoſſenſchaften die Befugniß zuſteht,

---

53) Vgl. oben Note 41.

54) L. 25. D. ad municipalem. (50. 1.) Vgl. L. 76. D. de iudiciis. (5. 1.)

55) Auch ſie werden durchgängig als römiſche universitates behandelt. Vgl. z. B. Linde, Lehrb. des teutſch. gem. Civilproz. §. 76. — Allein welche Verſchiedenheit beſteht doch zwiſchen einem intellectuellen Subject von vermögensrechtlichen Verhältniſſen, und einer Verſammlung, deren Thätigkeit z. B. die Entſcheidung eines Prozeſſes hervorruft.

ſelbſt oder durch von ihnen gewählte Beamte über die Mitgliedſchaft zu beſtimmen, ihnen alſo die Befugniß einer Standesverleihung zuſteht, bilden ſie Gemeinden. Denn iſt auch der Status eines Subjectes an ſich ſelbſt immer nur ein Privatverhältniß, auch wenn er der Grund von öffentlichen Verhältniſſen iſt, ſo kann doch die Bildung und Erhaltung eines gewiſſen Standes überhaupt nur ein Staatszweck ſein. In dieſem Verhältniſſe ſtehen die Innungen durchgängig, es mag nun jeder Genoſſe den Stand verleihen können, wie es bei dem ehemaligen Schildesamte der Ritter der Fall war[56]), oder es mögen gewiſſe Organe der Genoſſenſchaft dazu beſtellt ſein, wie bei den Gewerbsinnungen. So waren die ehemaligen reichsritterſchaftlichen Corporationen Gemeinden, ebenfalls die Corporationen der Ritterſchaften einzelner Territorien, der Clerus bildet in dieſem Sinne eine Gemeinde und ebenſo die wiſſenſchaftlichen Facultäten, welche academiſche Grade zu ertheilen befugt ſind. So wie indeß Stadtgemeinden aus den Gilden und Innungen hervorgegangen ſind, ſo haben ſich aus mehreren Innungen oder Gemeinden der ebengenannten Art, in Verbindung mit den Stadtgemeinden, wiederum ganze Landesgemeinden den einzelnen teutſchen Landesherren in den alten Landſtänden gegenübergeſtellt[57]). Inſofern die Bedeutung dieſer Landesgemeinde in der Wirkſamkeit der Landſtände durch Beſchlußnahmen auf Landtagen beſtand, wurde ſie regelmäßig nur durch die Prälaten, die Ritterſchaft und die Städte gebildet, und der Bauernſtand hatte einen thätigen Antheil an derſelben (abgeſehen von Tyrol), wenn er in Verbindung mit einer Stadtgemeinde ſtand[58]). Nur inſofern läßt ſich ein paſſiver Antheil des Bauernſtandes an der Landesgemeinde annehmen, als ſie auch ſeine Intereſſen berückſichtigte, ſo daß der Bauernſtand, bei dem Mangel innungsmäßigen Standesverhältniſſes, ſich durchgängig nur in einem Schutzverhältniſſe befand. Die einem Schutz- oder Grundherrn unterworfene Bauerſchaft bildete aber dieſem gegenüber häufig wiederum eine Hofgemeinde[59]), und das Verhältniß ihrer Glieder zum

---

56) S. Eichhorn a. a. O. §. 53.

57) Für die frühere Bedeutung der Gemeinden überhaupt darf auch dieſes Verhältniß nicht außer Augen gelaſſen werden.

58) Wie dieſes in Württemberg ſtattfand. Vgl. Wächter, Handb. des im Königr. Württemberg geltenden Privatr. Bd. 1, §. 21, vgl. mit §. 13, Note 10, §. 31, 32 a. Anf. vgl. mit §. 59. — Ueber den Bauernſtand als vierten Stand in Tyrol: Verfaſſungsurk. v. 24. März 1816 (bei Pölitz, die europ. Verf. Bd. 1, S. 51 flg.), Einl. und Art. 1, 2. — Bisweilen werden die Städte unter dem gemeinſamen Namen: Landſchaft, begriffen, ſo in Mecklenburg, vgl. großherzogl. Bekanntmachung v. 23. Nov. 1817 (bei Pölitz a. a. O. S. 1020).

59) Daß die Hofsgemeinde keine politiſche Beziehung hat (Maurenbrecher a. a. O. §. 250) iſt zwar inſofern richtig, als ſie ſich nur ihrem Hof- oder Grundherrn als Gemeinde gegenüberſtellt; allein inſofern ſie ſelbſt in ihrem Innern für Staatszwecke thätig iſt, welche der Staat dem Hofherrn und dieſer ihr zu fördern überläßt, kann man ihr doch die Bedeutung einer Gemeinde nicht abſprechen, und daß ſie „dem Gemeindeverbande gar nicht nahe kommt“ (ebendaſ. §. 250), wird ſonach keineswegs gerechtfertigt werden können.

Herrn wurde durch Hof- und Dienſtrechte conſtituirt[60]). Zuweilen erhielten ſich indeß die Bauern eines Territoriums, welche von der Grundherrlichkeit frei waren, auch ohne Verbindung mit der ſtändiſchen Gemeinde, als eine beſondere Landesgemeinde unter dem Namen einer Landſchaft[61]). Dieß iſt jedoch ein ausnahmsweiſes Verhältniß. Sie ſind aber, auch abgeſehen davon, daß ſie durch die neueren Ständeverfaſſungen großentheils untergegangen ſind, oder doch ihre ehemalige Bedeutung verloren haben, auch deßhalb nicht zu den eigentlichen, nur Unterabtheilungen des Volkes bildenden, Gemeinden zu zählen, weil ſie, der Rechtsidee nach, ſich (ebenſo wie die neueren ſtändiſchen Kammern, ungeachtet des ſonſtigen weſentlichen Unterſchiedes) dem Regenten gegenüber als das ganze vollberechtigte Volk darſtellen[62]), wiewohl ſie aus Gemeinden zuſammengeſetzt ſind.

Für die neueren Verhältniſſe genügt es, hier zwei Arten, die Stadt- und Landgemeinden, welche letzteren regelmäßig Dorfsgemeinden ſind, zu unterſcheiden; indem die übrigen Vereine, welche nach dem Geſagten den Charakter der Gemeinden haben, beſondere Categorieen bilden. — Ob Fleckensgemeinden der erſten oder zweiten Art angehören, hängt davon ab, ob ſie ſtädtiſche Gerechtſame haben oder nicht. — Ihrem Weſen nach ſind ſie zwar die alten, durch den in den Bedürfniſſen der Zeiten hervorgerufenen Einigungstrieb des Volkes geſchaffenen Gemeinden, aber neuere Geſetzgebungen haben ihnen in Anſehung ihrer adminiſtrativen Thätigkeit beſtimmtere oder veränderte Organiſationen gegeben[63]). — Das erſte Bedürfniß des Menſchen für ſein Daſein iſt ein Raum auf der Erde, und ſobald er durch die Cultur des Bodens ſeine Nahrung gewinnt oder die natürlichen Erzeugniſſe verarbeitet, wird er genöthigt, ſich deſſen Befriedigung für eine gewiſſe Dauer an einem beſtimmten Raume zu ſichern. Vereinigungen der Menſchen zur Befriedigung ihrer nächſten Bedürfniſſe müſſen daher, ſobald ſie zu jenen Beſchäftigungen geſchritten ſind, die Behauptung eines Gebietes und die Sicherung deſſelben und des Aufenthaltes ihrer Perſonen und Güter in demſelben zum Gemeinzwecke haben, und die Gemeinden, welche ſich unter Anſiedlern bil-

---

60) Dabei trat denn die Hofgemeinde in daſſelbe Verhältniß zum Hofherrn, wie die Landesgemeinde zum Landesherrn; ihre Glieder aber deßhalb noch keineswegs aus jeder Beziehung zur Landesherrlichkeit. Vgl. ſächſ. Landr. B. III, 79.

61) So iſt das Verhältniß der Landſchaften in Holſtein und Schleswig, namentlich der Landſchaften Norder- und Süderdithmarſchen, obgleich ſie nie an den Landtagsverhandlungen Theil genommen haben. Vgl. Falck, Handb. d. ſchlesw.-holſt. Privatr. Bd. 1, §. 12; und auch in Beziehung auf das Steuerbewilligungsrecht derſelben: Michelſen, über die vorm. Landesvertretung in Schleswig und Holſtein (Hamb. 1831), S. 44 flg., ſo wie über ihre Anerkennung als Corporationen: Reſcript v. 15. Mai 1791 (im Corp. Const. Holsat. I. p. 626. 627.)

62) Denn ihr Urſprung in den alten Volksverſammlungen (Falck a. a. O. Bd. 2, §. 51) iſt gewiß überall anzunehmen.

63) Verzeichnet finden ſich die neueren Geſetze über dieſes Verhältniß bei Maurenbrecher a. a. O. §. 165a, in der Note, und Mittermaier a. a. O. §. 121, Note 8.

deten, mußten zunächſt auf dieſen Zweck gerichtet ſein[64]). Auch die neueren Geſetzgebungen fordern zu jeder Gemeinde ein ſolches Gebiet, oder eine Gemarkung (ſ. unten XII. Gemeindegebiet). — Die Benutzung dieſes Gebietes kann aber wiederum entweder erfordern, daß jedem Gemeindegliede ſein beſtimmter Antheil, mit Ausſchluß der übrigen, zur Bewirthſchaftung oder Bewohnung zugewieſen ſei, oder ſie kann eine gemeinſame Benutzung zulaſſen. — Dieſe gemeinſame Benutzung kann nun auch in einer Gewinnung von Erzeugniſſen des Bodens beſtehen, wenn ſie ſolche ſind, die keine eigentliche Bodencultur oder Ackerbau vorausſetzen; ja es empfiehlt ſich hier eine gemeinſame Benutzung ſchon deßhalb, weil dadurch eine beſſere Abhilfe des Bedarfes bewerkſtelligt wird, als durch eine Vertheilung des Bodens ſelbſt, indem nicht alle Theile des Bodens dieſe Erzeugniſſe gleichmäßig hervorbringen, und die Cultur hier nicht nachhelfen kann, wie z. B. Mergel, Torf und dergleichen. Eine ſolche Benutzung kann ſich nun zwar auch bei Stadtgemeinden, beſonders wenn ihre Glieder auch Ackerbau treiben, finden; allein ſie iſt insbeſondere den Dorfsgemeinden wichtig und eigenthümlich[65]). Eigene, blos durch eine ſolche gemeinſame Benutzung eines Gebietes gebildete, Landgemeinden finden ſich in den Markgenoſſenſchaften[66]), auch Haingeraiden (Heimgeraiden), Buſchen, Walderbſchaften, die indeß mehrere Dörfer zu umfaſſen pflegen[67]). Und ebenſo, wie das Moment der Gewerbsinnung die teutſche Stadtgemeinde, ſo charakteriſirt die Landgemeinde das markgenoſſenſchaftliche Moment[68]). — In neuerer Zeit indeß, wo die Vermehrung der Bevölkerung ein Streben nach Erhöhung der Production des Bodens hervorgerufen und dieſes häufig die Auftheilung der gemeinen Marken (Gemeinheiten, Gemeinheitsländereien, Allmenden) herbeigeführt (ſ. unten XXI. Gemeinheitstheilung) und die Geſtattung größerer Gewerbefreiheit die Ausſchließlichkeit der Befugniſſe der Innungen beſchränkt oder ſie gar gänzlich aufgehoben hat (z. B. in Preußen, wiewohl mit Ausnahmen, in Naſſau), iſt auch oft dieſer urſprüngliche Unterſchied verſchwunden. Indeß ſind die gemeinſamen Einrichtungen, welche die Bedürfniſſe einer Stadtgemeinde erfordern, z. B. Börſen, Theater, Spaziergänge, mehr künſtlicher Art, als die einfachen Wege, Brunnen, Viehtriften u. dgl. der Landgemeinden, und der Stadtbewohner nicht ſo geeignet, dieſe Einrichtungen durch eigene Arbeit herzuſtellen und zu erhalten, als der Landbewohner, ſo daß dadurch ſchon

---

64) Die Literatur über die Urgemeindeverfaſſung bei Maurenbrecher a. a. O. §. 164, Note 2.

65) Daß freie Dorfsgemeinden zuerſt ſo entſtanden, daß das von einem Volke occupirte Gebiet durch deſſen Vorſteher nach Verwandtſchaften (gentes cognationesque) vertheilt wurde (vgl. Caesar, de bello Gall. VI. c. 22.), läßt ſich nicht mit Grund bezweifeln. Auch bei den Frieſen findet ſich gemeinſchaftlicher Familienbeſitz von Grund und Boden (Liodgarda). Aſegabuch S. 110.

66) v. Löw, über die Markgenoſſenſchaften S. 32—39, 151—191.

67) Ebendaſ. S. 7.

68) Vgl. ebendaſ. S. 4, 5, über die weſentliche Gleichheit der Marken und Gemeinheiten.

eine natürliche Verſchiedenheit in der Verwaltungsweiſe der Angelegenheiten ſolcher Gemeinden herbeigeführt werden muß. Der im Verhältniſſe zur Zahl der Bewohner größere Umfang des Gebietes der Landgemeinden führt aber auch bei ihnen hinwiederum zu größeren Laſten, wenn es zur Schützung dieſes Gebietes beſonderer Einrichtungen bedarf, wohin namentlich die Eindeichungen zum Schutze gegen die Gewalt der Gewäſſer gehören [69]). Und insbeſondere führt auch hier der Umſtand, daß dieſe Einrichtungen durch die eigenen Arbeitskräfte der Gemeindeglieder hergeſtellt und erhalten werden, zu beſonderen Normen über dieſe Art der Contribution [70]); ſie erfordern beſondere Beaufſichtigungen, und die Gemeinſamkeit der Gefahr für mehrere Dorfsgemeinden führt auch hier oft zur Bildung beſonderer Deichgemeinden [71]). Seitdem der Staat die Beförderung der Gottesverehrung und die Belebung der Religioſität, ſo wie den Jugendunterricht zu ſeinen Zwecken zählt, ſind auch die Vereine des Volkes für gemeinſame dazu dienende Einrichtungen wahre Gemeinden, welche zwar am häufigſten mit der gewöhnlichen Eintheilung der Stadt- und Landgemeinden zuſammenfallen [72]), nicht ſelten aber auch beſondere Kirchen- und Schulgemeinden hervorgerufen haben. — Nicht weniger findet es ſich, daß bloße Verwaltungsbezirke in Beziehung auf die Erreichung gewiſſer Staatszwecke eine Gemeindeeinrichtung haben, ſo daß wenigſtens in Anſehung der Aufbringung der Contributionen zu dieſem Zwecke, z. B. Armenverſorgung, Criminalkoſten, Wegebeſſerungen, das Maß von den Bedürfniſſen ihres Bezirkes abhängt und ihnen eine Controle in Anſehung der Verwendung und der Vertheilung zuſteht [73]). — Stadtgemeinden kennt, auch abgeſehen von der Entwickelung des ganzen römiſchen Reiches aus einer ſolchen Gemeinde, auch die römiſche Verfaſſung in den bereits genannten Municipien, wiewohl ohne das Merkmal des Vorrechtes bürgerlicher Gewerbe und ohne einen Gegenſatz von Landgemeinden; vielmehr ſcheint es, daß das platte Land mit den Stadtgemeinden vereint war [74]). Die eigene Gerichtsbarkeit, welche ſie anfänglich vor den Provinzialſtädten auszeichnet, wird durch Einſetzung der Defenſoren als Richterperſonen

---

69) Als Gemeindezweck ſchon anerkannt im ſächſ. Landr. B. II, 56. Vgl. ſchwäb. Landr. S. 215. Vgl. den Art. Deichrecht Bd. 3, S. 279 flg.

70) Die Pfanddeichung, bei welcher jeder Genoſſe ſeinen Antheil am Deiche ſelbſt unterhält, im Gegenſatze des Communionsfußes, bei dem jeder ſeinen Geldbeitrag zu den Koſten leiſtet. Maurenbrecher a. a. O. §. 329.

71) Vgl. oldenb. Verordn. für die Landgemeinden v. 28. Dec. 1831, Art. 135 flg. Man unterſcheidet Deichcommune, als eine aus einzelnen Perſonen, Deichband, als eine aus mehreren Communen beſtehende Deichgemeinde. Vgl. ſchlesw.-holſt. Deichreglement v. 6. April 1803, §. 2 u. 3.

72) Vgl. oldenb. Ld.-G.-O. Art. 118 flg.

73) Vgl. ſchlesw.-holſt. Verordn. v. 7. Sept. 1736 (C. C. H. I. p. 533.), Patent v. 23. Dec. 1808 mit Reſcr. v. 15. Mai 1791 (ebendaſ. I. S. 627). Zuweilen haben auch Aemter und Kreiſe eine eigentliche Gemeindeorganiſation. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 127 flg.

74) Vgl. L. 30. L. 35. D. ad munic. (50. 1.) L. 239. §. 2. D. de V. S. L. 3. C. de nat. lib. (5. 27.) L. 3. C. de incolis. (10. 29.) Savigny, Geſch. des röm. Rechtes im M. A. Bd. 1, S. 16.

auch dieſen zu Theil (vgl. unten X. Gemeindegerichtsbarkeit). In jenen wie in dieſen findet ſich, wie in teutſchen Städten, eine herrſchende, oder vielmehr eine adminiſtrirende Gemeinde, die curia, das collegium oder corpus decurionum[75]), was Veranlaſſung gegeben hat, in teutſchen Städten, deren Urſprung ſich auf eine römiſche Anlage zurückführen läßt, die herrſchende Stadtgemeinde als ein Ueberbleibſel jener römiſchen Curie zu betrachten, z. B. die ſogenannte Richerzeche in Cöln[76]), während man auch wiederum in der eigenen Gerichtsbarkeit ein Merkmal römiſcher Stadtverfaſſung erkennen wollen, und ſolche Städte als urbes romana libertate donatae von den übrigen, die man als urbes francica libertate donatae bezeichnete, unterſchieden hat[77]). Indeß fehlt jener römiſchen Stadtverfaſſung doch immer das charakteriſtiſche Merkmal der teutſchen[78]) und von den Landgemeinden, bei denen man in den Grundbeſitzern ebenfalls eine herrſchende oder engere Gemeinde unterſcheiden kann, und bei denen ſich ſelbſt in der eigenen Gerichtsbarkeit urſprünglich eine Gleichheit mit den Städten zeigt (ſ. unten X.), läßt ſich auf keine Weiſe ein römiſcher Urſprung nachweiſen. Auch darin ſtehen ſich die Stadt- und Landgemeinden gleich, daß ſie bald auf freiem Gebiete, bald auf dem eines Grundherrn gegründet, und ihre Glieder zu dieſem in einem Hörigkeitsverhältniſſe ſtehen konnten, welches durch Hof- und Dienſtrechte geregelt war[79]), ein Verhältniß, welches denn auch auf die beiden Arten der Gemeinden urſprünglich zuſtehende Autonomie von Einfluß ſein, und deren Ausübung von der Einwilligung des Herrn abhängig machen mußte[80]). Allein in der Folge erwarben allerdings die Stadtgemeinden größere Rechte und Freiheiten, während die der Landgemeinden beſchränkter wurden, ſo daß man als die jene auszeichnenden Gerechtſame zu nennen pflegt: die Autonomie, die eigene Gerichtsbarkeit, das Polizeirecht, Kammereirecht (ſ. unten IX. X. XI. XIII.) und beſon-

---

75) Vgl. Savigny a. a. O. S. 50, 51. Walter, Rechtsgeſch. S. 229, 319.

76) Eichhorn, Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. Bd. 2, S. 177 flg., S. 193 flg. Gaupp, über Städtegründung S. 210. S. indeß dagegen: Wilda a. a. O. S. 176 flg. — Die Literatur bei Mittermaier a. a. O. §. 154 in der Note.

77) Vgl. Runde, teutſch. P.-R. §. 426, Note 6 und daſ. Cit.; aber auch Eichhorn a. a. O. S. 206 flg.

78) Ehe indeß die gewerblichen Gerechtſame der Städte Teutſchlands ſich gebildet hatten, waren ſie zwar nur durch die beſondere Gerichtsbarkeit rechtlich ausgezeichnet, die man denn auch eine Immunität nennen kann (vgl. Eichhorn a. a. O. Bd. 1, S. 225, 236), wenn ſie auch nicht immer durch von der Stadt ſelbſt beſtellte Gerichtsbeamte geübt wurde.

79) Vgl. Eichhorn a. a. O. Bd. 1, S. 240—246, vgl. mit S. 201 flg., Bd. 2, S. 220 flg.

80) Ebenſo, wie das Hofrecht den Rechten der kaiſerlichen Beamten oder des Landesherrn keinen Eintrag thun durfte (ſächſ. Landr. B. III, 79), ſo konnten Gemeindeordnungen der Hinterſaſſen oder Hörigen auch keine Eingriffe in die Rechte des Herrn begründen. Daher mußten ſie darin allerdings beſchränkter ſein als freie Gemeinden. Vgl. auch Mittermaier a. a. O. (§. 111) §. 120, Note 31, §. 125, Note 3.

dere gewerbliche Gerechtſame[81]) (ſ. oben bei Note 37). Die einzelnen Gemeindeverhältniſſe ſind nun im Nachfolgenden, mit Berückſichtigung der neueren Organiſationen, näher zu charakteriſiren. — Die Gemeindeverfaſſung im engſten Sinne wird ſich dabei aus deren Gliedern und verſchiedenen amtlichen Organen, ſo wie den Wahlen derſelben (unten I. bis VIII.) ergeben. — Es ſind

I. Gemeindeglieder, diejenigen Subjecte, welche einer Gemeinde vermöge des Gemeindeverbandes angehören. Das römiſche Recht unterſcheidet von den bloßen Bewohnern des Gemeindegebietes, den incolae, welche nur durch das rein thatſächliche Domicilium der Gemeinde angehören[82]), alſo zu derſelben eigentlich nur inſofern gehören, als man ſie als einen bloßen Verwaltungsbezirk betrachtet, die eigentlichen Gemeindeglieder, die cives. — Ihnen iſt das municipium die Heimath, die patria, und ihre Eigenſchaft als Gemeindeglieder von dem Domicil ganz unabhängig. Sie wird entweder durch beſondere Aufnahme (allectio), oder dadurch begründet, daß ein Subject von Eltern abſtammt, welche zur Zeit ſeiner Geburt cives waren, oder von cives adoptirt oder manumittirt iſt[83]). — Bei den teutſchen Gemeindeverhältniſſen iſt es dahingegen regelmäßig die Aufnahme in den Gemeindeverband, welche jene Eigenſchaft verleiht. Sieht man auf die älteſten Zuſtände der hiſtoriſchen Vorzeit, wo in Friedenszeiten die Volksgemeinden in dem Verhältniſſe von Staaten ſtehen[84]), ſo zeigt ſich eine Aufnahme ſchon darin, daß der Vater den wehrhaften Sohn der Gemeinde als Mitglied darſtellt[85]). — Wer nicht auf ſolche Weiſe Mitglied geworden, hat in der Gemeinde überall keine ſelbſtſtändigen Rechte. Nur durch Vertretung findet er rechtlichen Schutz, der, als ſich königliche Gewalt gebildet hat, dem Fremden, dem Ellenden[86]), durch den Königsſchutz zu Theil wird[87]).

---

81) S. ſachſ.-altenb. Grundgeſ. v. 29. April 1831, §. 116—121, wo dieſe Rechte ausdrücklich aufgezählt werden.

82) L. 239. §. 2. D. de V. S. L. 5. D. ad municip. (51. 1.) Vgl. L. 20. D. eod. L. 7. C. de incolis. (10. 39.)

83) L. 1. pr. D. ad municip. L. 6. §. 1. D. eod. L. 22. pr. D. eod. (Vgl. Savigny, Zeitſchr. für geſchichtl. Rechtsw. Bd. 9, S. 91 flg.) L. 3. C. de munic. (10. 38.) L. un. C. ubi petant. tutor. (5. 32.) L. 7. C. de incolis. (10. 39.)

84) Caesar, de bello Gall. VI. 23.: In pace nullus est communis magistratus. — Hier iſt Staat und Gemeinde identiſch. Vgl. über bürgerliche Geſellſchaft: Schlözer's Staatsr. B. 2, S. 63. — Die römiſchen Schriftſteller über Germanien nennen die regiones, pagi und vici, denen Vorſteher, reges, principes, durch Volkswahl gegeben waren (Caesar l. c. VI. c. 22. 23., Tacitus, Germ. c. 12., vgl. Eichhorn, teutſche St. u. R.-G. §. 14), ebenſo wie ihre Gemeinden, civitates (Caesar l. c. c. 23., Tacitus l. c. c. 10. 13. 14. 15.), und deren Vorſteher, ebenſo wie ihre Gemeindevorſteher, magistratus (Caesar l. c. c. 22.). Eine andere Perſon als dieſe iſt der Führer im Kriege, der dux (Tacitus l. c. c. 7., Caesar l. c. V. c. 22.).

85) Tacitus l. c. c. 13. 20.

86) Dreyer, Nebenſtunden S. 377. Westphalen, mon. ined. IV. p. 1932. Grimm, teutſche Rechtsalterth. Bd. 1, S. 397 flg.

87) Eichhorn, Einleit. §. 75. Mittermaier a. a. O. 5. Ausg., §. 105.

Als die alten Volksgemeinden untergehen, an die Stelle derſelben Territorien treten, der rechtliche Schutz auch dem Fremden gewährt wird, innerhalb dieſer Territorien ſich aber beſondere Stadt- und Landgemeinden ausbilden, da iſt zwar nicht das Bürger- oder Unterthanenverhältniß zu dieſem Territorium, das Territorialindigenat, wohl aber die Mitgliedſchaft in jenen Gemeinden von einer beſonderen Aufnahme abhängig[88]). Jedoch tritt dieſelbe nur in den Stadtgemeinden als ein beſonderer Act der Aufnahme hervor, bei welcher indeß den Kindern der Bürger gewiſſe Vorzüge eingeräumt zu ſein pflegen[89]). In den Landgemeinden dahingegen begründet der Erwerb von Grund und Boden innerhalb des Gemeindegebietes regelmäßig die Eigenſchaft eines Gemeindegliedes[90]). Bei dieſem Syſteme hängt es von der Willkür eines jeden Staatsangehörigen ab, der übrigens nur auf die Mitgliedſchaft in einer Gemeinde Anſpruch zu machen berechtigt, und den eine Gemeinde zum Mitgliede aufzunehmen bereit iſt, ob er Mitglied einer ſolchen ſein will oder nicht; ſobald er die von einer ſolchen Mitgliedſchaft abhängigen Rechte, wie die Betreibung gewiſſer Gewerbe, den Erwerb von Grundeigenthum, entbehren will. Staatsangehörigkeit ſteht darnach mit der Mitgliedſchaft in einer Gemeinde nur inſofern in Verbindung, als mit dieſer zugleich Umſtände verbunden ſind, die jene begründen, wie der Wohnſitz im Staatsgebiete. — Allein bloße Heimathsrechte in einer Gemeinde können auch nach dieſem Syſteme durch eine gewiſſe Dauer des Wohnſitzes in deren Gebiete erworben werden, die dann einen Anſpruch auf Fortdauer des Wohnſitzes und auf Unterſtützung im Falle der Verarmung begründen[91]). Die neueren Geſetzgebungen, welche bei ihren Gemeindeorganiſationen zugleich, ja einzelne Geſetze vorzugsweiſe[92]), ihr Augenmerk darauf richteten, jedem Staatsbürger ſeine Heimathsrechte in einer beſtimmten Gemeinde zuzuweiſen, haben indeß auch ſolche, bloße Heimathsberechtigte, zuweilen zu den Gemeindegliedern gezählt. — Dieß iſt theils ſo geſchehen, daß alle diejenigen, welche zur Zeit der neuen Organiſation in einer Gemeinde ſolche Heimathsrechte hatten, die Schutzbürger, ausdrücklich für Gemeindeglieder erklärt ſind; wiewohl man den eigentlichen Gemeindegliedern im älteren Sinne, den Altbürgern, die einmal erworbenen beſonderen Nutzungsrechte am Gemeindegute gelaſſen hat[93]). — Theils aber

88) Vgl. Runde, Grundſ. des gem. teutſch. Privatr. §. 446.

89) Vgl. Runde a. a. O. §. 447.

90) In den Stadtgemeinden kann man nämlich in der Regel nur Grundſtücke erwerben, wenn man als Mitglied aufgenommen iſt, und die Bürgerrechte ſind hier nur zum Theil vom Grundbeſitze abhängig; in den Landgemeinden kann dahingegen in der Regel jeder Grundſtücke erwerben, und die weſentlichen Gemeinderechte pflegen hier dem Grundbeſitze anzuhängen. Vgl. unten XIV. Note 356.

91) Z. B. Patent v. 7. Dec. 1829 für Schleswig und Holſtein; großherz. ſächſ. Geſ. v. 11. April 1833, §. 28.

92) So das württemberg'ſche Geſetz über das Gemeinde-, Bürger- und Beiſitzrecht v. 4. Dec. 1833 (älteres v. 15. April 1822); das großherz. ſächſ. Geſ. über die Heimathsverhältniſſe v. 11. April 1833.

93) Großherz. heſſ. G.-O. Art. 54. Bad. G.-O. §. 2 vgl. mit Geſ. v. ſelb. Tage (31. Dec. 1831) §. 89 flg.

hat man den Unterſchied zwiſchen eigentlichen Gemeindegliedern und Schutzverwandten zwar fortbeſtehen laſſen, allein die letzteren ebenfalls als Gemeindeglieder bezeichnet[94]). Aber auch nach dieſem letzteren, z. B. in den preußiſchen, königl. ſächſiſchen und württembergiſchen Gemeindeordnungen, ſo wie in großherzogl. ſächſiſchen Geſetze über die Heimathsverhältniſſe ſich findenden Syſteme ſtellt man ſie beſſer auch jetzt noch in die Claſſe der Beiſaſſen (ſ. unten II.). — Wo man dieſes Syſtem befolgt hat, da kann der in den neueren Geſetzgebungen ausgeſprochenen Regel: daß jeder Staatsbürger, wenigſtens wenn er ein Gewerbe für eigene Rechnung treiben, oder ſich verheurathen, oder mit eigenem Hauſe halte einen ſelbſtſtändigen Wohnſitz begründen, ja zuweilen auch, wenn er ein öffentliches Amt übernehmen will, irgend einer Gemeinde angehören müſſe[95]), durch das Verhältniß eines Heimathsberechtigten oder Schutzverwandten genügt werden[96]). Nach dem erſteren Syſteme dahingegen wird nur demjenigen das Staatsbürgerrecht ertheilt, welcher nachweiſt, daß ihm eine Gemeinde zu ihrem wirklichen Mitgliede aufnehmen will[97]). — Dieß leidet indeß Ausnahmen, indem Perſonen, welche in eigenen, in Beziehung auf das Gemeindeweſen ſelbſtſtändigen Gebietstheilen anſäſſig ſind, als Standesherren, Rittergutsbeſitzer, nicht genöthigt werden in eine Gemeinde einzutreten[98]), und gewiſſen Staatsbürgern das Recht eines ſtändigen Wohnſitzes in einem Gemeindegebiete eingeräumt iſt, ohne daß es einer Aufnahme derſelben als Gemeindeglieder bedarf[99]). — Eigentliche Gemeindeglieder, von denen hier die Rede iſt, ſind indeß nur die Gemeindebürger, diejenigen, welche zu thätiger Theilnahme an den Adminiſtrationshandlungen der Gemeinde, namentlich den Wahlen und Berathungen, befugt und zu Gemeindeämtern befähigt ſind, die das ſogen. active Bürgerrecht in der Gemeinde haben. — Der Inbegriff der einem Gemeindegliede als ſolchem zuſtehenden Befugniſſe und der damit verbundenen Obliegenheiten bildet den Gemeindeindigenat[100]). Der Inbegriff gewiſſer den Gemeindegliedern im eigentlichen

94) Preuß. revid. Städteordnung v. 17. März 1821 (nur dieſe wird künftig angezogen werden, nicht die ältere v. 19. Nov. 1808, welche indeß den Städten gelaſſen iſt, welche ſie beizubehalten wünſchten), §. 28. Königl. ſächſ. Städteordn. v. 2. Febr. 1832, §. 11, 18, 68. Vgl. württemb. Geſ. v. 4. Dec. 1833, Art. 1.

95) Sachſen-meining. Grundgeſ. v. 23. Aug. 1829, Art. 19. Sachſen-altenb. Grundgeſ. v. 29. April 1831, §. 100. Braunſchw. Landſchaftsordn. v. 12. April 1832, §. 42. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 7. Württemb. Geſ. Art. 1, 5. Kurheſſ. Gemeindeordn. v. 23. October 1834, §. 9, 20.

96) Württemb. Geſ. Art. 21, 22, vgl. mit Verfaſſungsurk. §. 19. Großherz. ſächſ. Geſ. §. 1.

97) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 40. Kurheſſ. G.-O. §. 22. Vgl. großh. heſſ. G.-O. §. 51, wornach das Recht eines Inländers zuvor ertheilt wird.

98) Preuß. St.-O. §. 7. Kurheſſ. G.-O. §. 9. Württemb. Geſ. Art. 4, Ziff. 1—3.

99) Württemb. Geſ. Art. 4, Ziff. 4—6. Vgl. kurheſſ. G.-O. §. 13—15. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 11.

100) Aufzählungen ſolcher Rechte z. B. im bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 1.

Sinne vor den Schutzverwandten oder bloßen Heimathsberechtigten (unten II., Note 137—39) zuſtehenden Befugniſſe wird auch als deren Ehrenrechte ausgezeichnet[101]). Indeß paßt dieſe Benennung doch nur für das Wahlrecht und die Wählbarkeit zu Gemeindeämtern und die Stimmgebung zu Beſchlußnahmen, nicht aber für die Vorrechte, welche den eigentlichen Gemeindegliedern in Anſehung von Gewerbebetrieb, Erwerb von Grundſtücken und Antheil an Gemeindenutzungen zuzuſtehen pflegen[102]). Zuweilen ruht auch die Ausübung der ſogen. Ehrenrechte[103]), ſelbſt mit Einſchluß der Theilnahme an Nutzungsrechten[104]), z. B. wegen mangelnder Dispoſitionsfähigkeit, Concurs, Abgabenrückſtände, Genuß von öffentlichem Almoſen[105]). Unbeſchränkt in der Ausübung von Gewerben und im Erwerbe des Eigenthums an Grundſtücken ſind oft nur die eigentlichen Gemeindeglieder[106]), und wo den Schutzverwandten ebenfalls ſolche Rechte zuſtehen, müſſen ſie doch zuweilen, wenn das Einkommen des Geſchäftes oder der Betrag des Grundeigenthums einen gewiſſen Werth erreicht, den eigentlichen Gemeindeindigenat erwerben[107]). — Auch die neueren Geſetzgebungen laſſen denſelben in den Landgemeinden zuweilen noch durch bloßen Grundbeſitz in der Gemeinde entſtehen[108]), fordern aber regelmäßig, und insbeſondere bei Stadtgemeinden, einen beſonderen Aufnahmeact[109]). Jedoch beſteht dieſer bei Kindern von Gemeindegliedern oft in einer bloßen Erklärung des Antrittes[110]). Dieſes Anrecht, gleichſam ein deferirtes Gemeindebürgerrecht, iſt den Kindern bald in derjenigen Gemeinde gegeben, wo ihre Eltern, nämlich bei ehelichen der Vater, bei unehelichen die Mutter, zur Zeit ihrer Geburt[111]), bald in derjenigen, wo dieſe zur Zeit ihres Todes oder wo die Aufnahme gefordert wird[112]), Gemeindeglieder waren oder ſind. Wenn es an einer ſolchen Anwartſchaft fehlt, ſo muß es gemeinrechtlich als vom Ermeſſen der Gemeinde abhängig betrachtet werden, ob die geforderte Aufnahme zu ertheilen oder zu verweigern[113]). Die neueren Geſetzgebungen geben aber jedem Staatsbürger, wenn ihm die ſonſtigen geſetzlichen Eigen-

---

101) Königl. ſächſ. St.-O. §. 65—67.

102) Württemb. Geſ. §. 1, 2.

103) Preuß. St.-O. §. 23. Königl. ſächſ. St.-O. §. 73. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 23 u. 24.

104) Württemb. Geſ. Art. 45, 46.

105) Königl. ſächſ. St.-O. §. 73. Vgl. auch bayr. G.-O. Art. 78.

106) Vgl. königl. ſächſ. St.-O. §. 43—48 und unten II. Note 138, 139.

107) Preuß. St.-O. §. 15 u. 27. Kurheſſ. G.-O. §. 27.

108) Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. v. 7. Nov. 1838, §. 24, 25. Württemb. Geſ. Art. 6.

109) Z. B. kurheſſ. G.-O. . 34.

110) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 10, 13. Vgl. §. 4, 5.

111) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 6, 7. Kurheſſ. G.-O. §. 11, 12. Württemb. Geſ. Art. 13, 14.

112) Großh. heſſ. G.-O. Art. 41.

113) Mittermaier a. a. O. §. 123. Lübſches Recht B. 1, Tit. 2, Art. 2. Dagegen indeß Runde a. a. O. §. 446.

ſchaften nicht fehlen, einen Anſpruch auf die Aufnahme[114]), und ſelbſt bei der Verweigerung der Aufnahme haben die Staatsregierungen ſich zuweilen das Recht beigelegt, über die Ertheilung zu entſcheiden[115]). — Die Zuläſſigkeit der Aufnahme pflegt an gewiſſe Bedingungen geknüpft zu ſein; namentlich gehört dahin: Unbeſcholtenheit der Perſon[116]), ſo daß wenigſtens die erlittene Beſtrafung wegen gewiſſer Verbrechen dieſelbe ausſchließt[117]), zuweilen auch chriſtliche Religion[118]), ferner Selbſtſtändigkeit, nämlich Unabhängigkeit von väterlicher oder vormundſchaftlicher Gewalt[119]), oder auch Unabhängigkeit von einer Brotherrſchaft[120]), zuweilen auch ein gewiſſes Vermögen[121]), oder doch die Fähigkeit ſich zu nähren[122]), und ſelbſt Zuſtändigkeit von Eigenthum oder demſelben gleichgeltenden dinglichen Rechten an Immobilien im Gemeindegebiete[123]). — Verloren geht die Eigenſchaft eines Gemeindebürgers nicht blos durch den Tod, oder durch ſolche Umſtände, welche den Gemeindebürger in das Verhältniß eines bloßen Schutzverwandten bringen (unten II., Note 151, 152), ſondern auch zuweilen durch Verluſt des Staatsbürgerrechtes[124]), durch Aufkündigung[125]), durch Aufnahme in eine andere Gemeinde[126]), durch längere Abweſenheit ohne Angeſeſſenheit oder Zurücklaſſung eines Etabliſſements und ohne für die Erfüllung der Obliegenheiten eines Gemeindegliedes Fürſorge getroffen zu haben[127]). — Frauenzimmer erwerben auch durch Heurath mit einem Gemeindegliede die Eigenſchaft eines ſolchen[128]), jedoch wird dabei zuweilen ein gewiſſes Vermögen gefordert[129]).

II. Gemeindebeiſaſſen ſind diejenigen Subjecte, welche einer Gemeinde angehören ohne eigentliche Gemeindeglieder zu ſein. — Man

---

114) Großh. heſſ. G.-O. Art. 46—48. Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 17, 40, 41. Kurheſſ. G.-O. §. 27, 28. Württemb. Geſ. Art. 25.

115) Großh. heſſ. G.-O. Art. 49. Vgl. württemb. Geſ. Art. 28, und in Beziehung auf die Aufnahme von Ausländern: Reſcr. des bad. Miniſt. des Inn. v. 6. April 1833.

116) Großh. heſſ. G.-O. Art. 46. Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 18—20. Kurheſſ. G.-O. §. 26. Württemb. Geſ. Art. 19.

117) Preuß. St.-O. §. 14, 19, 20. Vgl. kurheſſ. G.-O. §. 26. Württemb. Geſ. Art. 19.

118) Königl. ſächſ. St.-O. §. 41. Vgl. bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 54.

119) Preuß. St.-O. §. 14. Kurheſſ. G.-O. §. 26. Königl. ſächſ. St.-O. §. 41.

120) Königl. ſächſ. St.-O. §. 12, 53.

121) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 23 flg. Württemb. Geſ. Art. 20.

122) Großh. heſſ. G.-O. §. 46. Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 10, 22. Königl. ſächſ. St.-O. §. 42. — Zuweilen muß auch das Gemeindeglied dieſelbe nachweiſen, um ſich verehelichen zu können. Württemb. Geſ. Art. 42—44.

123) Königl. ſächſ. St.-O. §. 42.

124) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 67.

125) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 69. Königl. ſächſ. St.-O. §. 77.

126) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 69. Kurheſſ. G.-O. §. 17, 18.

127) Königl. ſächſ. St.-O. §. 77, 78.

128) Kurheſſ. G.-O. §. 16. Württemb. Geſ. Art. 26.

129) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 24.

muß indeß zwei Arten derſelben unterſcheiden: 1) ſolche, welche zwar nicht Gemeindeglieder oder Bürger in der engeren oder eigentlichen Bedeutung ſind, aber dennoch als Gemeindeglieder im weiteren Sinne Beſtandtheile der Gemeinde bilden und Rechte und Obliegenheiten gegen dieſelbe haben: die eigentlichen Schutzverwandten, und 2) ſolche, welche ſich blos durch einen Wohnſitz oder durch eine Wohnung in einem thatſächlichen Verhältniſſe zur Gemeinde befinden, und kein Recht auf die Fortdauer deſſelben haben, wenn gleich ihr Verhältniß, ſo lange es dauert, mit Obliegenheiten gegen die Gemeinde verbunden ſein kann: die bloßen Inſaſſen[130]. — Erſtere müſſen wenigſtens in dem Gemeindegebiete eine Heimath haben, und man bezeichnet ſie genauer als Heimathsberechtigte. Die incolae des römiſchen Rechtes ſcheinen weder der erſten noch der zweiten Claſſe zugezählt werden zu können, und die Unterſcheidung auf ſie überall nicht zu paſſen. Vielmehr begründete das Domicil die Eigenſchaft eines Beiſaſſen, verpflichtete auch zu gewiſſen Leiſtungen an die Gemeinde[131], aber es gab auch keine beſonderen Rechte an dieſelbe. Denn der Anſpruch auf das Domicil erſcheint hier noch überall nicht als ein beſonderes, ſondern als ein jedem zuſtehendes Recht. Erſt in den teutſchen Zuſtänden, wo die Befugniß, ein Gewerbe an einem gewiſſen Orte zu treiben, als ein beſonderes Recht erſcheint, ein beſonderes Recht auf Unterſtützung im Falle der Verarmung gegen eine Gemeinde erworben werden kann, und ſomit auch das beide Rechte bedingende Recht auf einen Wohnſitz als ein beſonderes hervortritt, erſcheint die Unterſcheidung jener beiden Arten von Beiſaſſen als anwendbar. — Gemeinrechtlich muß man alſo unter einem Schutzverwandten oder Heimathsberechtigten den Beiſaſſen verſtehen[132], der auf ſein Verhältniß ein Recht erworben hat, es ſei nun vermöge einer beſonderen Reception oder vermöge einer gewiſſen Dauer ſeines Aufenthaltes[133]. In Anſehung der Heimathsberechtigten muß man aber wiederum Unterſcheidungen zulaſſen. — Nach dem älteren, dem als gemeinrechtlich zu betrachtenden, Syſteme muß man ſie zwar von den Gemeindegliedern im engeren Sinne, den Bürgern, ſelbſt wenn dieſe wiederum in Groß- und Kleinbürger zerfallen[134], unterſcheiden, aber ſie dennoch als Gemeindeglieder betrachten, und dieſes Syſtem herrſcht auch noch in der preußiſchen und königl. ſächſiſchen Städteordnung, ſo wie in der württembergiſchen Gemeindeordnung und der großherzogl. ſächſ. Heimathsordnung (vgl. oben bei Note 92). — Nach dem Syſteme, welches in der badiſchen Gemeindeordnung herrſcht, gibt es aber Heimathsberechtigte, die nicht zur

130) Vgl. auch Sachſe, Handb. des großh. ſächſ. Privatr. §. 550, und königl. ſächſ. St.-O. §. 68, 81.

131) Denn der incola iſt in der Gemeinde, wo er ſeinen Wohnſitz hat, auch ein municeps, nämlich in dem Sinne, daß er muneribus adstringitur. L. 20. L. 29. D. ad municip. (50. 1.) L. 22. §. 2. D. eod.

132) Kurheſſ. G.-O. §. 33, 35. Württemb. Geſ. Art. 10 vgl. mit Art. 2.

133) Vgl. oben bei Note 91.

134) Runde a. a. O. §. 445, der indeß §. 451 das kleine Bürgerrecht wiederum mit dem Beiſaſſenverhältniſſe verwechſelt.

Gemeinde gezählt, ſondern als Inſaſſen bezeichnet werden; nämlich die ſtaatsbürgerlichen Inſaſſen oder Einwohner mit dem Rechte des ſtändigen Wohnſitzes[135]). Sie haben alſo Heimath in der Gemeinde, und Staatsbürgern, denen eine Heimath fehlt, kann dieſelbe von der Staatsregierung in einer beſtimmten Gemeinde angewieſen werden[136]). — Die Heimathsrechte beſtehen in dem Anſpruche auf ſtändigen Wohnſitz, Unterſtützung im Falle der Verarmung[137]), ſo wie auch, wiewohl mit gewiſſen Modificationen, in der Befugniß, Gewerbe zu treiben[138]) und Grundſtücke zu erwerben[139]). — Wo man es zuläßt, daß daſſelbe Subject mehreren Gemeinden angehört[140]), da können auch ſogen. Ausbürger, nämlich diejenigen Einwohner, welche einer anderen Gemeinde fortwährend angehören[141]), in derjenigen, wo ſie wohnen, ſowohl Gemeindeglieder im engeren Sinne, als auch Schutzverwandte ſein. Allein in dieſem Falle kann man den Schutzverwandten nicht dem Heimathsberechtigten gleichſtellen (ſ. unten bei Note 155). — Auch Ausmärker oder Forenſen, d. h. ſolche, welche nicht im Gemeindebezirke wohnen, aber Grundſtücke in demſelben beſitzen, oder ſich demſelben in Anſehung ihrer außerhalb deſſelben belegenen Grundſtücke angeſchloſſen haben[142]), erwerben dadurch keine Heimathsrechte[143]). Oft iſt den Schutzverwandten auch, namentlich in Beziehung auf ihre Beiſteuer zu den Gemeindelaſten, eine Vertretung ihrer Intereſſen bei den Gemeindebeſchlüſſen durch beſondere Abgeordnete zugeſichert[144]). — Erworben wird die Eigenſchaft eines Heimathsberechtigten auf gleiche Weiſe, wie die eines eigentlichen Gemeindegliedes; ſo durch Abſtammung von heimathsberechtigten Eltern, wobei auch auf die Berechtigung zur Zeit der Geburt geſehen wird[145]), durch ausdrückliche Aufnahme[146]), von Seiten der Ehefrau durch die Heurath[147]) und durch Zuweiſung[148]). — Die Befugniß, die Aufnahme

---

135) Bad. G.-O. §. 2.

136) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 70 flg., v. 17. Juli 1833, §. 5, 6. Württemb. Geſ. Art. 33—41. Großh. ſächſ. Geſ. §. 32—34.

137) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 72. Württemb. Geſ. Art. 2. Großh. ſächſ. Geſ. §. 2, 44, 46, 49.

138) Königl. ſächſ. St.-O. §. 70, 71. Württemb. Geſ. Art. 2. Großh. ſächſ. Geſ. §. 44.

139) Preuß. St.-O. §. 28, §. 24—26.

140) So, mit gewiſſen Modificationen, württemb. Geſ. Art. 8, 9. Anders z. B. bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 3.

141) Runde a. a. O. §. 449. — Um die Mitgliedſchaft in der verlaſſenen Gemeinde zu erhalten, werden zuweilen gewiſſe Leiſtungen an dieſelbe gefordert. Kurheſſ. G.-O. §. 30. Königl. ſächſ. St.-O. §. 77, 78.

142) Großh. heſſ. G.-O. Art. 87. Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 2, 3, §. 153—156.

143) Großh. ſächſ. Geſ. §. 5, 16.

144) Bad. Geſ. v. 1. Juni 1832, §. 33 flg., und Verordn. v. 24. Oct. 1835, §. 1—4. Königl. ſächſ. St.-O. §. 69, 72.

145) Großh. ſächſ. Geſ. §. 9—11 (das urſprüngliche Heimathsrecht).

146) Großh. ſächſ. Geſ. §. 14, 17.

147) Großh. ſächſ. Geſ. §. 15, 36.

148) Vgl. oben Note 136.

zu fordern, iſt auch hier an die Eigenſchaft eines Staatsbürgers geknüpft[149]) und ſetzt Unbeſcholtenheit und Nachweis genügender Erwerbs- oder Subſiſtenzmittel voraus[150]). — Indeß genügen zum Erwerbe zuweilen geringere Erforderniſſe[151]), und es kann demjenigen, der die Eigenſchaft eines eigentlichen Gemeindebürgers verloren hat, noch die eines Schutzverwandten geblieben ſein[152]). Abgeſehen von dieſem Falle, in dem bei Verluſt des Bürgerrechtes durch den fortdauernden Wohnſitz das Heimathsrecht des Schutzverwandten dem geweſenen Bürger verbleibt, tritt der Verluſt des letzteren aus gleichen Gründen ein, wie der des erſteren (ſ. oben II., Note 124—127). Jedoch finden ſich oft Modificationen, ſo z. B. daß der Verzicht auf ein Heimathsrecht erſt wirkſam wird, wenn der Verzichtende in einer anderen Gemeinde ein ſolches Recht erworben hat[153]), und daß der Erwerb eines neuen Heimathsrechtes das alte nicht unter allen Umſtänden aufhebt[154]). — Die Beiſaſſen ohne Heimathsrechte ſind dann die Inſaſſen im eigentlichen Sinne, und zu ihnen gehören namentlich auch diejenigen, die in einer Gemeinde ihren Haushalt haben, aber deßhalb nicht Glieder derſelben ſind, weil ſie einer anderen Gemeinde angehören, oder weil ſie von einer Brotherrſchaft abhängig ſind, wenn ſie auch mit dem Namen der Schutzverwandten zuweilen belegt werden[155]). — Denen, welche irgend einer Gemeinde des Staates als Bürger oder Heimathsberechtigte angehören, pflegt es nicht verſagt zu werden, ſich auch in anderen Gemeinden aufzuhalten, und dort nichtzünftige Gewerbe zu treiben, wofür dann wohl die Entrichtung einer Wohnſteuer gefordert wird[156]). — Ehrenbürger, welche zwar die Bürgerrechte haben, aber als ſolche von den Laſten der Bürger befreit bleiben, kennen auch die neueren Geſetze.

III. Gemeindeamt iſt die Befugniß und die damit verbundene Pflicht, ſolche Adminiſtrationshandlungen der Gemeinde vorzunehmen, an denen ſelbſt nicht die eigentlichen Gemeindeglieder oder Gemeindebürger, wenigſtens nicht dem ganzen Umfange der Handlung nach, Theil nehmen. — Es laſſen ſich drei Arten der Adminiſtrationshandlungen überhaupt unterſcheiden: 1) das suffragium, die Theilnahme an Berathungen, Beſchlüſſen und Wahlen; 2) der honor, die Ausübung einer obrigkeitlichen Gewalt, und 3) das munus, die Ausführung von Rechtsgeſchäften oder negotia[157]). — Das römiſche Recht kennt dieſe Verſchiedenheit

---

149) Württemb. Geſ. Art. 1 u. 2. Großh. ſächſ. Geſ. §. 17, nach dem der Aufzunehmende auch die Blattern gehabt haben ſoll.

150) Großh. ſächſ. Geſ. §. 21.

151) Preuß. St.-O. §. 14 u. 15 vgl. mit §. 24—27. Königl. ſächſ. St.-O. §. 18 u. 53.

152) Königl. ſächſ. St.-O. §. 80.

153) Großh. ſächſ. Geſ. §. 40. Anders preuß. St.-O. §. 81.

154) Großh. ſächſ. Geſ. §. 42.

155) Kurheſſ. G.-O. §. 33, 35.

156) Württemb. Geſ. Art. 11, 12.

157) Operae, der Aufwand von Arbeitskräften, welche einen Marktpreis haben, können nicht zu den Amtsfunctionen gezählt werden, ſondern fallen in

auch in Beziehung auf Gemeindeämter. Das suffragium ſtand urſprünglich gewiß jedem civis zu; allein ſo wie das suffragium populi auf den römiſchen Senat[158]), ſo ging auch das der cives einzelner Städte in Gemeindeangelegenheiten auf die curia, das collegium decurionum[159]), wenigſtens der Regel nach, über, gehörte inſofern zu den Amtsbefugniſſen, und begründete ein Amt, einen honor[160]), wie die obrigkeitliche Gewalt der magistratus von jeher[161]). Die Eintheilung paßt noch jetzt[162]). Eine Anwendung der Eintheilung der munera in personalia, realia oder patrimoniorum und mixta auf die heutigen Verhältniſſe würde aber jedenfalls unbequem ſein, insbeſondere da auch eigentliche Gemeindelaſten darunter begriffen ſind (ſ. unten XVIII.). Indeß gehören hierher nur munera personalia. — Die beiden erſten Functionen liegen, inſofern ſie amtliche geworden ſind, den Gemeinderepräſentanten und Vorſtänden ob (ſ. unten IV. V. VI.); die munera personalia werden dahingegen zweckmäßig als Gemeindeämter im engeren Sinne bezeichnet. Auch bei den Römern findet man dafür beſondere Aemter conſtituirt, z. B. Sorge für die annona, Schauſpiele, Waſſerleitungen, für die Grundſtücke der Gemeinde[163]). Indeß wurden ſie unter den Gemeindegliedern vertheilt, während man jetzt beſoldete Beamte dafür anzuſtellen pflegt. — Dahin gehören namentlich Syndici[164]), Secretäre und Hebungs- und Rechnungsbeamte, als Kämmerer, Caſſirer, Gemeindeeinnehmer u. dgl. — Zuweilen geſchieht indeß auch die Erhebung der Staatsabgaben durch Gemeindebeamten dieſer letzteren Art, was ſich ſchon in der römiſchen Stadtverfaſſung findet[165]). Sie werden zuweilen von dem Vorſtande, mit Zuziehung der Gemeinderepräſentanten[166]), zuweilen von der Staatsbehörde, nach Anhörung des Gemeindevorſtandes, ernannt[167]).

---

die Categorie der Gemeindelaſten (vgl. unten XVIII., und über den Unterſchied zwiſchen negotia und operae meine Identität §. 2, Note 47, S. 31).

158) Vgl. Savigny, Geſch. des röm. Rechtes im M. A. Bd. 1, S. 16 flg.

159) L. 8. D. de munerib. (50. 4.): ... suffragium in curia ferunt.

160) L. 5. D. de vacation. (50. 5.)

161) Bisweilen kommt auch der Ausdruck munus dafür vor. L. 9. D. de muner. S. aber L. 14. pr. D. eod.

162) Manche Aemter dieſer Art wurden indeß wegen der damit verbundenen Haftungspflicht als eigentliche Laſten, munera patrimoniorum, betrachtet. Vgl. L. 1. §. 1. L. 3. §. 11. L. 6. §. 5. eod.

163) Vgl. L. 1. §. 2—4. eod.

164) L. 1. §. 2. D. de munerib. etc.

165) Ueber die von der Gemeinde aus den Einwohnern der Gemeinde gewählten Suſceptoren, die bald Decurionen, bald Defenſoren (vgl. auch Nov. 15. c. 3.), bald andere Einwohner ſind: L. 2. L. 8. L. 14. C. de susceptor. (10. 70.) L. un. C. de superexact. (10. 20.) L. 3. C. de apoch. publ. (10. 22.) und c. 4. C. Th. de fisci debitor. (10. 16.); über die an der Erhebung Theil nehmenden Tabularien: L. 2. C. de conven. fisci debitor. (10. 2.) L. 12. L. 13. C. de suscept. (10. 70.); über die Pfennigmeiſter und Marſchhauptleute in Holſtein, Landſchaften: Falck a. a. O. Bd. 1, §. 36.

166) Preuß. St.-O. §. 96. Bad. G.-O. §. 18, 127.

167) Großh. heſſ. G.-O. Art. 56. Kurheſſ. G.-O. §. 54, 55.

IV. Gemeindeausſchuß iſt der Inbegriff eines Theiles der Gemeindeglieder, der zu gewiſſen berathenden und beſchließenden, oder ſonſtigen zur Adminiſtration der Gemeindeangelegenheiten gehörigen, Handlungen (z. B. zur Prüfung der Rechnungen) ausgewählt iſt. Er bildet auf der einen Seite einen Gegenſatz zur Gemeindeverſammlung, dem Gemeindeplenum, in welcher die ſämmtlichen Gemeindeglieder zu ſolchem Zwecke vereint ſind, und auf der anderen Seite zu dem Gemeindevorſtande. — In den Stadtgemeinden erſcheint er zwar ſchon früh in dem ſogen. inneren Rathe, der indeß nicht blos Berathungs-, ſondern auch Verwaltungsausſchuß geworden iſt, den Vorſtand der Gemeinde bildet, und dem römiſchen collegium decurionum an die Seite zu ſtellen iſt. — Seine Ausbildung zu einem Vorſtande hat ihm indeß die Stellung eines Ausſchuſſes in der eigentlichen Bedeutung entzogen. — Daneben findet ſich der ſogen. äußere Rath, als berathende Behörde und als Vertreter der Gemeinde, im Gegenſatze zum inneren Rathe als dem Vorſtande[168]). Er nimmt in dieſer Stellung den Platz eines eigentlichen Gemeindeausſchuſſes ein. — Zuweilen verbindet er ſich indeß noch mit einem oder mehreren anderen Gemeindeausſchüſſen, und bildet im Vereine mit ihnen, oder es bildet ein beſonderer Verein neben ihm, einen Gemeindeausſchuß im engſten Sinne (ſ. unten VI.). — Dieſes Syſtem findet ſich auch im weſentlichen in den neueren Gemeindeordnungen; allein nicht immer ſind dieſe drei Arten von Ausſchüſſen ſämmtlich vorhanden. In den Landgemeinden pflegt ſich überall keiner oder doch nur ein einziger zu finden, dem aber nur zuweilen, z. B. in Bayern, auch eine verwaltende Thätigkeit zugeſchrieben und der öfterer auf Vertretung und Berathung beſchränkt iſt (ſ. unten VI., Note 231).

V. Gemeindevorſtand iſt dasjenige amtliche Organ der Gemeinde, durch welches dieſelbe unmittelbar mit der Staatsregierung in Verbindung geſetzt iſt. Hier ſind im allgemeinen zwei Syſteme zu unterſcheiden:

1) der Vorſtand iſt blos Verwalter der die Vermögensverhältniſſe der Gemeinde betreffenden Angelegenheiten; die obrigkeitliche Gewalt, die Gerichtsbarkeit und Polizei ſteht aber, ihren Hauptbeſtandtheilen nach, der Staatsregierung oder deren Beamten zu, und nur etwa bei dem Vorſteher des Vorſtandes findet ſich, neben der Eigenſchaft eines Gemeindebeamten, auch die eines Beamten der Staatsregierung;

2) der Vorſtand vereinigt verwaltende und obrigkeitliche Functionen in ſich und wird, von dem Geſichtspunkte der neueren Geſetzgebungen aus, wenigſtens in Anſehung eines weſentlichen Theiles der obrigkeitlichen Gewalt, als ein Organ des Staates, oder als ein Beamter der Staatsregierung angeſehen, wiewohl ihm nach dieſen die Gerichtsbarkeit nicht einmal zuzuſtehen pflegt.

Dem erſten Syſteme iſt zuzuweiſen die Verfaſſung der römiſchen Städte. Denn wenn ſich auch in den Municipien und in der neueſten

168) Vgl. Runde a. a. O. §. 433, 434. Mittermaier a. a. O. §. 136, Note 10, 11.

Zeit in allen Städten, eine Stadtbehörde mit einer, wenn auch beſchränkten, obrigkeitlichen Gewalt befand, ſo war dieſe doch nicht bei dem ganzen Vorſtande vorhanden, wenn man von demſelben das collegium decurionum nicht ausſchließt. Indeß ſtellen doch hier die Inhaber der obrigkeitlichen Gewalt, die Magiſtrate oder Defenſoren, auch in Anſehung derſelben als Gemeindebeamte ſich dar. — Ferner gehört hierher die Verfaſſung der teutſchen Städte, ehe ſie eigene Gerichtsbarkeit erworben; endlich nach neueren Geſetzgebungen die der Landgemeinden[169]) und mit einigen Ausnahmen die der Stadtgemeinden. An der Spitze des Vorſtandes ſteht jetzt in den Städten ein Bürgermeiſter oder Oberbürgermeiſter[170]), oder mehrere Bürgermeiſter[171]), oder ein Stadtſchultheiß[172]); in den Dörfern, ausgenommen in beiden Heſſen und Baden, wo ſich ebenfalls die Benennung Bürgermeiſter findet, ein Schulze[173]), Schultheiß[174]), Heimbürge[175]), Landvogt[176]), oder Bauervogt[177]), auch wohl Dorfsrichter[178]), Kirchſpielvogt[179]). — Je nachdem dieſer Beamte ſeine Functionen allein beſorgt, oder in Verbindung mit einem mitverwaltenden Stadtrathe, Gemeinderathe[180]), deſſen Glieder auch den Namen von Gemeindeälteſten, Gemeindevorſtehern, Vormundſchaftsperſonen[181]) u. dgl., zuweilen auch Gerichtsſchöppen[182]), führen, bildet er indeß der Sache nach den Vorſtand ſelbſt, oder iſt blos als erſter Vorſteher der vorſitzende, leitende, mitberathende und ausführende Beamte des Vorſtandes[183]). In der erſteren Stellung befindet er ſich jedoch nur in Anſehung der auszuführenden Functionen, inſofern er dieſelben vornimmt, ohne daß es für den einzelnen Fall eines Beſchluſſes mit Zuziehung des ebengenannten Rathes bedarf. — Dieß tritt namentlich ein, wenn ihm einzelne Functionen der Gerichtsbarkeit oder der Polizei obliegen[184]).

---

169) Z. B. königl. ſächſ. Ld.=G.=O. §. 7, 8, 12.

170) Z. B. großh. heſſ. G.=O. Art. 12, 31. Bad. §. 41. Kurheſſ. §. 59.

171) So nach der großh. heſſ. G.=O. Art. 21—23, wo dem Bürgermeiſter Beigeordnete zugegeben ſind.

172) Württemb. Gemeindeedict v. 1. März 1822, §. 10.

173) Preuß. Landr. Th. 2, Tit. 7, §. 46 flg. Vgl. Klein, Syſtem des preuß. Civilrechtes §. 784 flg.

174) Württemb. G.=E. a. a. O.

175) So hieß der Dorfsvorſteher insbeſondere in Heſſen (Kopp, heſſ. Gerichtsverf. §. 244), im Rheingau (Bodmann, Rheingau. Alterth. Bd. 2, S. 720 flg.), im Weimarſchen (Sachſe a. a. O. §. 621).

176) Sachſe a. a. O.

177) So im Norden der Elbe, wo ſich freilich nur ſchwache Spuren von Gemeindeverfaſſung der Dörfer finden. — S. indeß Falck a. a. O. §. 14.

178) Preuß. Landr. a. a. O. Sachſe a. a. O.

179) Oldenb. Ld.=G.=O. Art. 31 flg.

180) Z. B. großh. heſſ. G.=O. Art. 24 flg. Bad. G.=O. §. 10 flg.

181) Königl. ſächſ. Ld.=G.=O. a. a. O. Sachſe a. a. O.

182) Preuß. Landr. a. a. O. Sachſe a. a. O.

183) Großh. heſſ. G.=O. Art. 12 flg.

184) Vgl. kurheſſ. G.=O. §. 61, nach welcher dem Ortsvorſtande (nämlich dem einzelnen Vorſteher) als Hilfsbeamten des Staates regelmäßig die Polizei zuſteht. — Ebenſo in den bayer'ſchen Ruralgemeinden (bayer. G.=O. v. 17. Mai 1818, §. 107 flg.), aber anders in den Stadtgemeinden (ſ. unten Note 190).

Bei der Aufnahme von Gemeindegliedern[185]), die indeß auch zuweilen den Behörden zugewieſen iſt, welche eine ſogen. Gemeindeherrſchaft (ſ. unten nach Note 216) ausüben[186]), ſo wie in Anſehung der Verwaltung des Gemeindevermögens, bildet er aber regelmäßig nur im Vereine mit dem Rathe den Vorſtand, der dann ein Collegium iſt[187]). Letzteres leidet indeß nach der kurheſſ. Gemeindeordnung und der oldenburgiſchen Landgemeindeordn. eine Ausnahme, indem der Bürgermeiſter oder Kirchſpielvogt allein der regelmäßige Verwalter iſt, wenn gleich er ſtehende Deputationen für beſondere Verwaltungszweige mit Genehmigung des Gemeinderathes einſetzen oder einen Beigeordneten mit denſelben beauftragen kann[188]). — Das zweite Syſtem findet ſich in den teutſchen Städten, welche eigene Gerichtsbarkeit erlangt haben (ſ. unten X.), in der preußiſchen, ſo wie in der königl. ſächſiſchen Städteordnung, und ebenfalls in der bayeriſchen Gemeindeordnung, ſo weit ſie die Städte betrifft. Während nach dem erſten Syſteme nur der erſte Vorſteher als ein Organ oder Hilfsbeamter des Staates betrachtet wird[189]), erklären die neueren Organiſationen, welche dieſes Syſtem befolgen, das ganze Collegium des Vorſtandes, den Magiſtrat oder den Stadtrath für ein ſolches Organ (für einen Regierungsbeamten), welches in ihm ſich mit der Eigenſchaft eines Verwalters der Gemeindeangelegenheiten verbindet[190]). Der Vorſitzende zeichnet ſich im weſentlichen nur durch die ihm obliegende Leitung, Aufſicht und damit zuſammenhängenden Befugniſſe, ſo wie durch einen Vorzug ſeiner Stimme bei Stimmengleichheit aus[191]); und einzelne Geſchäfte, welche nicht der Mitwirkung des ganzen Collegiums bedürfen, werden hier nicht regelmäßig durch ihn, ſondern durch Deputirte oder Committirte beſorgt[192]). Jedoch beſtehen nach ihnen für die Handhabung der eigentlichen Gerichtsbarkeit beſondere Behörden[193]), wenn ſie auch aus den Mitgliedern des Magiſtrats gebildet werden[194]). Allein es iſt dem Vorſtande als Organ des Staates zur Pflicht gemacht, überhaupt für die Beobachtung der Geſetze zu ſorgen[195]), und es iſt ihm die Po-

185) Großh. heſſ. G.-O. Art. 49. Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 15 (welches auch Zuſtimmung des Ausſchuſſes fordert). Württemb. Geſ. Art. 15, 67. Oldenb. L.-G-O. Art. 12.

186) Königl. ſächſ. L.-G.-O. §. 26, wiewohl in zweifelhaften Fällen der Gemeinderath zu vernehmen iſt.

187) Vgl. großh. heſſ. G.-O. Art. 10, 31—33. Bad. G. §. 43.

188) Kurheſſ. G.-O. §. 59, 71, 52. Oldenb. L.-G.-O. Art. 34.

189) Vgl. oben Note 183.

190) Preuß. St.-O. §. 45, 84 flg. Königl. ſächſ. St.-O. §. 178 flg. Vgl. bayer. G.-O. v. 17. Mai 1818, §. 46, §. 55 flg., §. 67 flg.

191) Preuß. St.-O. §. 106, 108.

192) Preuß. St.-O. §. 107. Königl. ſächſ. St.-O. §. 213 flg.

193) Klein a. a. O. §. 832.

194) Königl. ſächſ. St.-O. §. 235 flg.

195) Preuß. St.-O. §. 104, 105. Königl. ſächſ. St.-O. §. 181. Die letztere ſchreibt ihm dieſe Function indeß als einer kraft des Geſetzes beſtehenden obrigkeitlichen Behörde zu, und nicht als einem Organe der Staatsgewalt, welches ſie davon unterſcheidet. Daß beides wohl daſſelbe ſein möchte, meint Bülau (krit. Bemerkungen u. ſ. w.) in Müller's Archiv für die neueſte

lizeigewalt, wenn nicht ausnahmsweiſe beſondere Staatsbeamte dafür eingeſetzt ſind, in ihrem ganzen Umfange zugewieſen[196]). Die Aufnahme neuer Mitglieder ſteht ihm ebenfalls zu[197]); ſo wie überhaupt die auszuführenden Functionen ihm beigelegt ſind[198]). In Anſehung der Verwaltung ſolcher Angelegenheiten, welche pecuniäre Intereſſen berühren[199]), iſt er indeß, eben ſo wie der Vorſtand des erſten Syſtemes (von dem das Nachfolgende ebenfalls gilt), einer Oberaufſicht der Staatsregierungsbehörden, einer Aufſichtsbehörde[200]), und von der anderen Seite der Controle von Gemeindeausſchüſſen unterworfen, ſo wie bei ſolchen Verwaltungshandlungen, welche weſentliche Veränderungen in dem Beſtande des Gemeindevermögens oder in den Laſten der Gemeindeglieder hervorbringen, an die Zuſtimmung jener oder dieſer gebunden[201]). Ueberdieß wird denn auch vielfältig, namentlich bei dem letzteren Syſteme, wie es ſich in den neueren Organiſationen darſtellt, da, wo dem Namen nach der Gemeindebeamte handelt, der Sache nach der Staatsbeamte thätig ſein[202]). Die Staatsregierungsbehörden, oder Aufſichtsbehörden, werden in Beziehung auf Gemeindeangelegenheiten theils als Recursbehörden, an welche man ſich mit Beſchwerden über den Vorſtand wendet[203]), bisweilen auch durch Veranlaſſung von Anklagen wider denſelben oder die Gemeindevertreter[204]), durch Suspenſion der Glieder der Gemeindebehörden wegen nahen Verdachtes von ſolchen Verbrechen, welche Entſetzung zur Folge haben würden[205]), theils dadurch thätig, daß ſie entſcheiden, wenn die erforderliche Vereinigung zwiſchen dem Vorſtande und den Gemeindevertretern nicht zu Stande zu bringen iſt[206]); theils dadurch, daß ſie zu gewiſſen Verwaltungsmaßregeln ihre zum Erforderniſſe für dieſel-

---

Geſetzgebung Bd. 2, S. 648. — Ob es daſſelbe iſt, oder daſſelbe ſein ſollte? muß man hier dahin geſtellt ſein laſſen.

196) Preuß. St.-O. §. 109. Bayer. G.-O. §. 67 flg.

197) Preuß. St.-O. §. 12. Königl. ſächſ. St.-O. §. 21, 56.

198) Preuß. St.-O. §. 107. Königl. ſächſ. St.-O. §. 95.

199) Preuß. St.-O. §. 104. Königl. ſächſ. St.-O. §. 31, 179 flg.

200) Kurheſſ. G.-O. §. 92 flg. Sachſe a. a. O. §. 274.

201) Preuß. St.-O. §. 114, 116, 117. Königl. ſächſ. St.-O. §. 185, 186. Vgl. bad. G.-O. §. 151.

202) Das Erforderniß des Erwerbes des Bürgerrechtes in der Gemeinde (preuß. St.-O. §. 84—86) wird darin keine weſentliche Veränderung hervorbringen; eben ſo wenig als die Anſäſſigkeit mit einer Realität in derſelben, welche für die Qualification eines Bürgermeiſters gefordert wird nach der bayer. G.-O. §. 48.

203) Die neueren Gemeindeordn. enthalten regelmäßig Beſtimmungen darüber, ſo bad. G.-O. §. 152; die Competenz der Staatsbehörden in Gemeindeſachen überhaupt iſt in Baden durch eine Verordnung v. 17. Juli 1833 (Geſ. über die Verf. und Verwalt. der Gem. [Karlsruhe 1836], Beil. Nr. 2) regulirt. Preuß. St.-O. §. 139. Auch auf den Ruggerichten können ſolche Beſchwerden bei dem landesherrlichen Commiſſär angebracht werden. Vgl. Claproth, Einl. in den ord. Proz. §. 29. Württemb. G.-E. §. 96.

204) Preuß. St.-O. §. 82, 126, 139.

205) Bad. G.-O. §. 21.

206) Preuß. St.-O. §. 115, 116. Königl. ſächſ. St.-O. §. 227—229. — Wenn er von dem Rathe der Gemeindevertreter abweichen zu müſſen glaubt: Bayer. G.-O. §. 82.

den gemachte Zuſtimmung ertheilen, z. B. zur Verwandlung der zur Benutzung der Gemeindeglieder beſtimmten Gegenſtände in Gemeindevermögen im engeren Sinne[207]), zum Ankaufe von Grundſtücken[208]), zur Aufnahme neuer Anleihen[209]), zur Anſtellung von Prozeſſen[210]), zur Feſtſtellung der Gemeindeausgaben[211]), zur Abſchließung von Vergleichen und Verträgen, ſo wie zur Bewilligung außerordentlicher Ausgaben[212]) oder Erhebungen von Beiſteuern[213]), zu Veräußerungen von Grundſtücken, Veräußerungen oder Conſtituirung von dinglichen Rechten an denſelben[214]), Veräußerungen ſonſtiger werthvoller Gemeindegüter, z. B. Archiven, wiſſenſchaftlichen oder Kunſtſammlungen[215]); theils dadurch daß ſie die Gemeinderechnungen prüfen[216]), bei der Beſtellung der Gemeindevorſteher durch Beſtätigung oder durch Ernennung (ſ. unten VIII.), ſo wie bei Abfaſſung von Gemeindeſtatuten (ſ. unten IX.) concurriren. Inſofern dieſe Thätigkeit ſich nicht (wie es z. B. die braunſchw. Landſchaftsordnung v. 12. Oct. 1832, §. 46, in Anſehung der Vermögensangelegenheiten ausdrücklich ſanctionirt hat) darauf beſchränkt, die Befolgung der geſetzlichen Vorſchriften und die Verwendung der vorhandenen Mittel für den geſetzlichen Gemeindezweck zu ſichern, ſondern ſich auf Anordnungen erſtreckt, bei welchen lediglich Gründe der Zweckmäßigkeit entſcheiden können, geht durch ſie freilich die Bedeutung der Gemeindeverfaſſung verloren. — Die Befugniß zu derſelben kann man als das Aufſichtsrecht bezeichnen, wiewohl die Grenzen einer Aufſicht dabei nicht immer eingehalten ſind, und wenn es, wie bei Dorfsgemeinden

---

207) Preuß. St.-O. §. 117—124. Kurheſſ. G.-O. §. 84.

208) Preuß. St.-O. a. a. O. Königl. ſächſ. St.-O. §. 33 (wenn nicht alle Glieder der Stadtverordnetenverſammlung oder des größeren Bürgerausſchuſſes dafür ſtimmen). Großh. heſſ. G.-O. Art. 63, 64. Bad. G.-O. §. 151 (jedoch mit gewiſſen Modificationen). Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 62. Bayer. G.-O. §. 123, 128. Württemb. G.-E. §. 65.

209) Preuß. St.-O. a. a. O. Heſſ. G.-O. a. a. O. Bad. G.-O. §. 151. Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 62. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 87. Bayer. G.-O. §. 123, 128. Württemb. G.-E. §. 65, 66. Namentlich in Anſehung dieſes Punktes pflegen die Gemeinden auch, wo es an neueren Organiſationen fehlt, von der Staatsregierung abhängig gemacht zu ſein. Vgl. Falck a. a. O. Bd. 1, §. 36, 37.

210) Großh. heſſ. G.-O. a. a. O. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 89. Bayer. G.-O. §. 123.

211) Großh. heſſ. G.-O. a. a. O. Bad. G.-O. a. a. O. Vgl. auch kurheſſ. G.-O. §. 86. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 95.

212) Großh. heſſ. G.-O. a. a. O. Bad. G.-O. a. a. O. Württemb. G.-E. §. 65.

213) Kurheſſ. G.-O. §. 84. Bayer. G.-O. §. 123.

214) Preuß. St.-O. §. 117 vgl. mit §. 118. Bayer. G.-O. §. 123, 128. Württemb. G.-E. §. 65, 66. Königl. ſächſ. St.-O. §. 33 (wiewohl modificirt, vgl. oben Note 208). Bad. G.-O. a. a. O. Sächſ. Ld.-G.-O. §. 62 vgl. mit §. 56. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 87.

215) Preuß. St.-O. §. 119 (Genehmigung des Miniſter. des Innern). Schon Leo forderte kaiſerliche Genehmigung bei Veräußerung von Gütern der Stadt Conſtantinopel. L. 3. C. de vend. reb. civ. (11. 31.)

216) Großh. heſſ. G.-O. Art. 65—70. Bad. G.-O. a. a. O. Bayer. G.-O. §. 59. Königl. ſächſ. St.-O. §. 35. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 110.

zuweilen, einer Schutz= oder Gerichtsherrſchaft zuſteht, nennt man es auch die Gemeindeherrſchaft.

VI. Gemeinderepräſentation iſt das Verhältniß, vermöge deſſen eine nicht von der Gemeinde ſelbſt (der Gemeindeverſammlung, dem Gemeindeplenum) vorgenommene Handlung dennoch als die ihrige gilt. — Dieß Verhältniß kann dritten Perſonen oder dem Gemeindevorſtande gegenüber ſtattfinden. In erſterer Beziehung vertritt die Gemeinde, oder eigentlich deren moraliſche Perſönlichkeit, gemeinrechtlich ein Bevollmächtigter oder Syndicus, deſſen Amt auch ein ſtändiges ſein kann[217]), und deren es bisweilen auch mehrere, z. B. unter dem Namen von Landesgevollmächtigten[218]), gibt; zuweilen iſt jedoch dem gewöhnlichen Gemeindevorſtande dieſe Vertretung zugewieſen[219]). — In der letzteren Beziehung geſchieht die Vertretung durch einen Gemeindeausſchuß (ſ. oben IV.) Der regelmäßige Gemeindeausſchuß führt indeß oft beſondere Namen, z. B. Oberalte[220]), Bürgerdeputirte[221]), Stadtverordnete[222]), denen die Gemeindebevollmächtigten der bayer'ſchen Städte gleichſtehen, Bürgerausſchuß[223]); vereinigt ſich aber zuweilen wiederum mit einem anderen Ausſchuſſe zu einem Gemeindeausſchuſſe in der engeren Bedeutung, ſo z. B. Oberalte zu einem Collegium der Sechsziger[224]), Stadtverordnete mit Stadtälteſten und Anderen zum Bürgerausſchuſſe im Königreiche Sachſen[225]); oder es beſteht neben Bürgerdeputirten noch ein anderes Ausſchußcollegium[226]), neben einem kleineren Bürgerausſchuß noch ein größerer[227]). Regelmäßig fehlt aber der zweite Ausſchuß[228]) und es vertritt dann ſeine Stelle zuweilen die Gemeindeverſammlung[229]), die bisweilen auch den erſten vertritt[230]). Der erſte fehlt indeß auch bald wiederum ganz[231]), während bald die Gemeinde überhaupt nur

217) Namentlich das der Stadtſyndici, deren Geſchäfte indeß nicht auf dieſe Vertretung beſchränkt zu ſein pflegen.
218) Vgl. Falck a. a. O. Bd. 1, §. 36.
219) Königl. ſächſ. Ld.=G.=O. §. 38.
220) Z. B. in Hamburg (deſſen Staatsverfaſſung ja eben eine teutſche Gemeindeverfaſſung iſt). Vgl. Runde a. a. O. §. 434, Note und daſ. Cit.
221) Z. B. in den Städten von Schleswig und Holſtein. Falck a. a. O. Bd. 1, §. 36.
222) Nach der preuß. und königl. ſächſ. St.=O.
223) Bad. G.=O. §. 27 flg., §. 135 flg.
224) In Hamburg, Runde a. a. O.
225) Königl. ſächſ. St.=O. §. 110 flg.
226) Z. B. in Kiel die 32 Männer. Falck a. a. O.
227) Bad. G.=O. §. 27 flg., §. 135 flg. In der Verſammlung verbindet ſich aber mit ihm auch immer der Gemeinderath und der kleinere Ausſchuß. Ebendaſ. §. 40.
228) So auch nach der preuß. St.=O. §. 45.
229) Bad. G.=O. §. 39, 40, und Verordn. v. 16. Nov. 1832 und 16. April 1833.
230) Kurh. G.=O. §. 36, 37.
231) Z. B. königl. ſächſ. Ld.=G.=O. §. 36 flg. Bisweilen conſtituirt ſich dann der Stadtrath (Verwaltungsausſchuß) mit Anderen, z. B. Stadtälteſten und Bezirksdeputirten, zu einem Berathungsausſchuß. Sachſe a. a. O. §. 553. Auf ähnliche Weiſe ſteht nach der oldenb. Ld.=G.=O. Art. 40 der Kirchſpielsausſchuß dem Kirchſpielsvogt auch berathend zur Seite.

durch einen Ausſchuß thätig wird[232]). — Die Thätigkeit der Gemeindeausſchüſſe äußert ſich insbeſondere bei den Wahlen und der Autonomie (ſ. unten VIII. IX.); ferner in einer Controle über die Amtsführung des Vorſtandes, theils durch Prüfung der Gemeinderechnungen[233]), theils durch Denunciationen wegen Pflichtverletzungen[234]); weiter aber auch in Genehmigung oder Anordnung von Verwaltungshandlungen, bisweilen auch nur durch Rathsertheilung zu denſelben, wie nach der bayer. Gemeindeordnung, wiewohl, wenn dieſer Rath nicht befolgt wird, die Genehmigung der Staatsregierungsbehörden einzuholen iſt. — Fälle der letzteren Art, in denen indeß zuweilen auch die Gemeindeverſammlung ſelbſt concurrirt, ſind regelmäßig: Feſtſtellung der Gehalte der Gemeindebeamten[235]), Aufſtellung des Anſchlages der Gemeindeausgaben[236]), Verpachtung und Verwaltung oder Meliorationen von Grundſtücken[237]), Veräußerungen oder Verpfändungen derſelben oder von Rechten an denſelben, von Gemeindegerechtſamen[238]), Führung von Prozeſſen, Abſchließung von Vergleichen, wenigſtens wenn ſie Liegenſchaften betreffen, von Verträgen, welche nicht zur regelmäßigen Verwaltung gehören, und überhaupt die außerordentlichen Verwendungen[239]), namentlich auch wenn das Grundſtocksvermögen zu laufenden Bedürfniſſen angegriffen werden ſoll[240]), die Aufnahme von Anleihen, insbeſondere wenn ſie nicht zur Abtragung anderer Schulden geſchieht[241]), Erwerbung von Grundſtücken und Gerechtſamen für die Gemeinde auf deren Koſten[242]). — Wo der Gemeindeausſchuß Verwaltungshandlungen anordnet, die der Vorſtand auszuführen hat, wie dieß namentlich nach dem Syſteme der preuß. Städteordnung der Fall iſt, kann letzterer auch denſelben die Beſtätigung und Ausführung verweigern, wenn er ſie dem Gemeinwohle nachtheilig findet[243]); und eine Befugniß des Regenten, den Ausſchuß wegen

232) Preuß. St.-O. a. a. O. §. 45.

233) Preuß. St.-O. §. 126. Bayer. G.-O. §. 59. Kurheſſ. G.-O. §. 64. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 108.

234) Preuß. St.-O. a. a. O. Bayer. G.-O. §. 84. Kurheſſ. G.-O. a. a. O.

235) Bad. G.-O. §. 19, 128, 135. Preuß. St.-O. §. 98. Kurheſſ. G.-O. §. 80.

236) Preuß. St.-O. §. 114 vgl. mit §. 124 und 98, wornach derſelbe von den Stadtverordneten feſtgeſtellt wird. Großh. heſſ. G.-O. Art. 61, 62. Bad. G.-O. §. 132, 135. Kurheſſ. G.-O. §. 86.

237) Preuß. St.-O. §. 114. Kurheſſ. G.-O. §. 80 und bad. G.-O. §. 116, 135.

238) Preuß. St.-O. §. 114, 117. Bad. G.-O. §. 115, 135. Vgl. auch königl. ſächſ. St.-O. §. 33 u. 111. Bayer. G.-O. §. 82. Kurheſſ. G.-O. §. 80. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 87.

239) Preuß. St.-O. §. 114. Bad. G.-O. §. 84, 114, 116, 121, 122, 125 (auch Verordn. v. 14. Juli 1834), §. 135. Bayer. G.-O. §. 82. Kurh. G.-O. §. 80—85. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 89.

240) Bad. G.-O. §. 55. Königl. ſächſ. St.-O. §. 111.

241) Bad. G.-O. §. 82. Preuß. St.-O. §. 120. Königl. ſächſ. St.-O. §. 37, 38, 111. Kurheſſ. G.-O. §. 80. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 87.

242) Königl. ſächſ. St.-O. §. 111. Kurheſſ. G.-O. §. 80.

243) Preuß. St.-O. §. 114, 115.

Pflichtverletzung aufzulöſen, iſt zuweilen geſetzlich feſtgeſtellt [244]). Er pflegt ſich unter der Leitung eines aus ſeiner Mitte gewählten Vorſtehers zu Beſchlußnahmen zu verſammeln [245]), und zuweilen gibt es beſondere Inſtructionen für ſeine Geſchäftsführung [246]).

VII. Gemeindebeſchluß iſt derjenige Act, wodurch eine Willensbeſtimmung der Gemeinde in Anſehung einer Gemeindeangelegenheit zur Exiſtenz kommt, es ſei nun durch die Thätigkeit einer Gemeindeverſammlung oder eines Gemeindeausſchuſſes. — Das römiſche Recht erfordert zu jeder Verſammlung der curia, des collegium decurionum, Hinzuladung aller Stimmfähigen [247]), die Anweſenheit von zwei Drittheilen derſelben [248]), ohne welche die Ernennung eines Syndicus ausdrücklich für ungiltig erklärt iſt [249]), und zu einem Beſchluſſe Stimmenmehrheit [250]); durch Stimmenmehrheit der Gemeindeglieder läßt auch das alte teutſche Recht giltige Gemeindebeſchlüſſe entſtehen [251]). — In Teutſchland pflegt man jene römiſche Beſtimmung als für alle Gemeindebeſchlüſſe geltend zu betrachten [252]); ſie iſt oft in Particulargeſetze in dieſem Umfange aufgenommen [253]), und die darüber herrſchende Controverſe: ob die Mehrheit der Stimmen nach der Zahl der Anweſenden genüge, oder nach der Zahl ſämmtlicher ſtimmfähigen Glieder zu berechnen ſei, iſt bald zu Gunſten der erſten [254]), zuweilen zu Gunſten der letzteren Anſicht entſchieden [255]). Gemeindebeſchlüſſe, welche ſich überall nicht auf Gemeindeangelegenheiten beziehen, kann es nicht geben [256]), alſo auch keine Gemeindebeſchlüſſe zu Verbrechen [257]). Allein inſofern ſie nicht als Subſtrat einer privatrechtlichen Perſönlichkeit, ſondern als Inbegriff von Subjecten in Gemeindeangelegenheiten, als Volk im Volke (ſ. oben) beſchließt, und in der Verwirklichung dieſes Beſchluſſes Rechtsverletzungen

---

244) Preuß. St.-O. §. 83.

245) Preuß. St.-O. §. 45, 75, 76, 78, 79.

246) So für die preuß. Stadtverordneten vom 17. März 1831 und in der königl. ſächſ. St.-O. §. 153—177.

247) L. 2. C. de decurion. (10. 31.)

248) L. 3. D. de decret. ab ord. fac. (50. 9.)

249) L. 3. D. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.)

250) L. 19. D. ad municip. (50. 1.) L. 160. §. 1. D. de R. J. L. 5. C. de legation. (10. 63.)

251) Sächſ. Landr. B. II, 55. Schwäb. Landr. (Senkenb.) 408, 1. Zuweilen wird auch eine Mehrheit von zwei Drittheilen gefordert. Markenrecht der oſtbevernſch. Mark v. 1339, bei Kindlinger, Münſt. Beitr. III. 384.

252) Vgl. z. B. Sachſe a. a. O. §. 242, Note 14. Maurenbrecher a. a. O. §. 169, Note 2, erklärt ſich indeß dagegen, daß die Anweſenheit von $\frac{2}{3}$ erforderlich.

253) So preuß. St.-O. §. 79. Königl. ſächſ. St.-O. §. 111, Zif. 4. Großh. heſſ. G.-O. Art. 31. Bad. G.-O. §. 11, 17. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 28, 48.

254) Sachſ.-altenb. Grundgeſ. §. 111. Bayer. G.-O. §. 38.

255) Preuß. St.-O. und bad. G.-O. a. a. O.

256) Sachſ.-altenb. Grundgeſ. a. a. O. Der Beſchluß verbindet alle Gemeindeglieder, doch darf er ſich nicht über die Privatrechte von Einzelnen oder Corporationen erſtrecken.

257) Vgl. den Art. Corporation.

begeht, können dieſe mit Strafen bedroht werden, ſobald ſie nur keine Rechte der Einzelnen berühren, welche nicht von ihrer Eigenſchaft als Gemeindeglieder abhängig ſind. — Denn da, ſofern für den Gemeindezweck und nach dem Gemeindewillen gehandelt wird, jeder, der ſich der Gemeinde nicht entziehen können oder nicht entzogen hat, für alle ſteht, und alle für einen gelten, ſo muß auch jedes Gemeindeglied als Urſache dieſer Wirkung betrachtet werden, und ſeine Rechte, die es als ſolches hat, ſind mit denen der ganzen Gemeinde identiſch. Ein Gemeindeglied kann ein ſolches nur inſofern ſein, als es rechtlich mit dem Willen und der Thätigkeit der Gemeinde als in Uebereinſtimmung betrachtet wird, ſo wie es als ſolches nur Rechte haben kann, inſofern die Gemeinde ſie hat. — Daher rechtfertigt es ſich in ſolchen Fällen, Gemeinden ihre Privilegien zu entziehen[258]), Nachtheile in Anſehung ihrer Güter gegen ſie zu verhängen[259]), oder ſie aufzulöſen[260]).

VIII. Gemeindewahl iſt derjenige Beſchluß, wodurch eine Gemeinde jemanden zu einem Gemeindeamte beſtimmt. Sie kann von der Gemeindeverſammlung oder von einem Gemeindeausſchuſſe geſchehen. Die Wahl der Beamten iſt dasjenige Mittel, wodurch die Theilnahme des ganzen zu einer Gemeinde vereinigten Volkstheiles an der Adminiſtration der Gemeindeangelegenheiten möglich gemacht und bewirkt werden ſoll. Die Wahl muß alſo von der Gemeindeverſammlung ſelbſt ausgehen[261]), oder von den Wählern, welche entweder unmittelbar oder doch mittelbar von ihr gewählt ſind. — So wählt ſie z. B. die Mitglieder des Ausſchuſſes[262]), dieſe wiederum die des Vorſtandes[263]), beide zuſammen wiederum den Vorſteher des Vorſtandes[264]); oder wenn ein Vorſtand oder Ausſchuß aus mehreren Abſtufungen von Gliedern beſteht, die Gemeindeverſammlung die unterſte, dieſe die zweite Stufe u. ſ. w., z. B. der Bürgerausſchuß die Stadtverordneten, dieſe den Magiſtrat, oder Bezirksdeputirte die Stadtälteſten, dieſe, wenn auch im Vereine mit den übrigen Abſtufungen, die Glieder dieſer letzteren[265]), wo denn freilich dieſe ſich theilweiſe durch eigene Wahl ergänzen. Es findet ſich aber ſogar, daß Vorſtände oder Ausſchüſſe ſich blos durch eigene Wahl

258) Kaiſ. Walcapit. VIII. 13.

259) Auth. Frid. I. Item nulla communitas etc. de episcop. et cler. (1. 3.) II. Feud. 53 (wo freilich von Friedensbruch die Rede iſt, der aber vom Standpunkte damaliger Zeit als ein Mißbrauch der einer Gemeinde zuſtehenden Fehdebefugniß aufgefaßt werden kann). Vgl. indeß auch Auth. Frid. I. Item quaecunque communitas etc. de episcop. etc. u. c. 5. in VI. de sent. excomm.

260) Vgl. oben VI. a. E.

261) Württemb. G.-E. §. 5. Großh. heſſ. G.-O. Art. 34. Bad. G.-O. §. 11, 12, 29, 36 flg.

262) Preuß. St.-O. §. 50 vgl. mit §. 11—20, §. 28. Kurheſſ. G.-O. §. 38. Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 43. — In Bayern durch Wahlmänner: bayer. G.-O. §. 74.

263) Preuß. St.-O. §. 90. Königl. ſächſ. St.-O. §. 111. Kurheſſ. G.-O. §. 39. Bayer. G.-O. §. 81.

264) Kurheſſ. G.-O. §. 40.

265) Vgl. Sachſe a. a. O. Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 40.

ergänzen, z. B. der Magiſtrat in Hamburg[266]), die Bürgerdeputirten in Schleswig und Holſtein[267]). Zuweilen muß eine Beſtätigung des Vorſtandes die Wahl der Glieder eines Ausſchuſſes, welche von der Gemeindeverſammlung u. ſ. w. geſchehen, ſanctioniren[268]). Ebenſo erfordern die Wahlen der Glieder des Vorſtandes oder des Vorſtehers deſſelben oft eine Beſtätigung[269]), oder eine Auswahl aus mehreren Gewählten, von Seiten einer Regierungsbehörde[270]) oder des Regenten[271]); und zuweilen haben die Regierungen eine Beſtellung von ihrer Seite an die Stelle der Wahl geſetzt[272]). Stimmenmehrheit pflegt zu entſcheiden[273]), und die Particulargeſetze enthalten beſondere Beſtimmungen über die Erforderniſſe der Wahlberechtigung, der Wählbarkeit, die Umſtände, welche von der Annahme der Wahl befreien[274]), über die Art und Weiſe, wie das Wahlgeſchäft vorzunehmen und durch Wahlvorſteher zu leiten iſt[275]).

IX. Gemeindeautonomie iſt die von einer Gemeinde ausgehende Bildung rechtlicher Vorſchriften, welche ihre Glieder und Angehörigen zur Befolgung verbinden. — Es läßt ſich dieß entweder ſo denken: 1) daß eine Gemeinde ſich eine Verfaſſung gibt, nämlich in dem Sinne, daß ſie in Beziehung auf ihren Gemeinzweck gewiſſe Verhältniſſe unter ihren Angehörigen feſtſetzt, aus denen jene Vorſchriften folgen[276]); oder auch ſo: 2) daß ſie ſolche Vorſchriften für die rein privatrechtlichen, nicht von der Eigenſchaft eines Gemeindeangehörigen abhängigen, Verhältniſſe derſelben gibt. — Man erklärt nun zwar häufig die Autonomie als die Befugniß, ſich vertragsmäßig ſelbſt gebilligten Rechtsvorſchriften zu unterwerfen[277]). Allein dieſe Erklärung befriedigt hier gewiß nicht.

---

266) Hamburger Stadtr. v. 1292, Art. 6 (Anderſon, Hamb. Privatr. Bd. 1, S. 225).

267) Falck a. a. O. Bd. 1, §. 36.

268) Preuß. St.-O. §. 74.

269) Preuß. St.-O. §. 90, 93. Bad. G.-O. §. 11. Kurheſſ. G.-O. §. 50.

270) Bei der Wahl eines Bürgermeiſters: großh. heſſ. G.-O. Art. 13, oder Gemeindevorſtehers: württemb. G.-E. §. 11, 12.

271) Bei der Wahl eines Oberbürgermeiſters: preuß. St.-O. §. 94. Kurheſſ. G.-O. §. 50.

272) Namentlich in Holſtein. — Sendet die Regierung der Gemeinde einen Bürgermeiſter, ehe ſie gewählt hat, ſo läßt ſie es ſich zuweilen gefallen, des Wahlgeſchäftes entledigt zu ſein. So ſind denn zuweilen die Wahlen außer Gebrauch gekommen.

273) Vgl. preuß. St.-O. §. 90.

274) Großh. heſſ. G.-O. Art. 24, 34, 14, 27, 36. Bad. G.-O. §. 13, 15, 30, 32. Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 28—33.

275) Preuß. St.-O. §. 65 flg. Königl. ſächſ. St.-O. §. 122—152, 200 flg. Großh. heſſ. G.-O. Art. 37—40. Bad. G.-O. §. 11, 27 flg. Verord. v. 1. Juni 1832, 4. Dec. 1833, 6. März 1834. Kurheſſ. G.-O. §. 45, 46. Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 7—9, 11—15, 24.

276) Ex iure fit regula. L. 1. D. de R. J.

277) Puchta, das Gewohnheitsrecht Bd. 1, S. 156 flg. Auch Maurenbrecher a. a. O. Bd. 1, §. 71, der eine ſehr belehrende Erörterung dieſes Gegenſtandes gibt, ſchließt wenigſtens den Vertrag, als Begründungsart des autonomiſchen Rechtes, nicht aus. Vgl. den Art. Autonomie.

Denn kann man auch durch Verträge in Gemäßheit der geltenden Rechtsnormen in rechtliche Verhältniſſe treten und ſich ſo den Regeln unterwerfen, welche aus dieſen wiederum folgen, so gehört dazu doch immer die Einwilligung jedes Einzelnen, die man bei der Autonomie nicht fordert. — Eine Autonomie in der zweiten Bedeutung haben nun zwar ſowohl Stadt- als Landgemeinden[278]) früher in Teutſchland geübt; aber die Befugniß dazu läßt ſich nur begründen, wenn man jede Gemeinde als eine beſondere Rechtsgenoſſenſchaft betrachtet, deren gemeinſame Ueberzeugung die erzeugende (materiale) Quelle des Rechtes für ihre Genoſſen iſt. Das ſogen. ius statuendi in dieſem Sinne iſt indeß als untergegangen zu betrachten. Bei der Behauptung, daß die Städte es zu üben noch befugt ſeien, wenn es ihnen nicht durch Geſetze entzogen worden[279]), ſcheint man zwar auch dieſe Art der Autonomie im Auge gehabt zu haben. Allein die jetzige Lage der Städte iſt eben ſo wenig, wie die anderer Gemeinden, von der Art, daß ſie in jeder Beziehung, und auch abgeſehen von ihren Gemeindeangelegenheiten, als beſondere Rechtsgenoſſenſchaften betrachtet werden können. Auch kann man ſich nicht darauf berufen, daß die Ertheilung des Stadtrechtes zu einer Zeit, wo die Städte eine ſolche Autonomie geübt, ſtillſchweigend eine Einräumung derſelben involvirt habe[280]); weil dieſe Autonomie nicht unmittelbar auf dem Privilegium, ſondern auf der rechtlichen Bedeutung der Gemeinde beruht und dieſe ſich geändert hat. — Nur dann, wenn man annimmt, daß die Gemeinden die Eigenſchaft beſonderer Rechtsgenoſſenſchaften in dem gedachten Umfange auch noch jetzt nicht verloren[281]), kann man eine ſolche Autonomie für ſie in Anſpruch nehmen. — Mit einer auf einem ſolchen Grunde beruhenden Autonomie verträgt es ſich indeß jedenfalls ſchlecht, daß die von derſelben ausgegangenen Normen der landesherrlichen Beſtätigung[282]) bedürfen ſollen. — Eine Gemeindeautonomie in der erſten Beziehung läßt ſich aber aus der Befugniß eines jeden, ſeine eigenen Angelegenheiten zu ordnen, und die Bedingungen feſtzuſetzen, unter denen eine Theilnahme an den ihm eigenen Einrichtungen geſtattet ſein ſoll, inſofern er dabei innerhalb derjenigen Grenzen bleibt, die die ihn ſelbſt bindenden Rechtsnormen geſteckt haben, erklären[283]). Innerhalb dieſer Grenzen erkennen römiſches[284]) und

---

278) Maurenbrecher a. a. O. §. 72, 73, Note 1 vgl. mit §. 71, Note 6.

279) Maurenbrecher a. a. O. §. 72.

280) Maurenbrecher a. a. O.

281) Dieſe Idee ſcheint zum Grunde zu liegen, wenn man (Struben, Nebenſt. Bd. 1, S. 420 flg., Riccius, von den Stadtgeſetzen Bd. 2, Hptſt. 2) den ununterbrochenen Beſitz der Autonomie fordert.

282) S. Maurenbrecher a. a. O.

283) Z. B. ſachſen-altenb. Grundgeſ. §. 119: Bei Ausübung dieſer allgemeinen Rechte (ſ. oben) hat auch die Stadtgemeinde, mittelſt des Statutenrechtes, die Befugniß, für ortsbürgerliche Zuſtändigkeiten und allgemeine Ordnung, durch Beſchluß oder vertragsmäßiges Uebereinkommen unter ſich, zu Beförderung der ſtädtiſchen Zwecke, verbindende Beſtimmungen feſtzuſetzen.

284) L. 4. D. de collegiis et corpor. (47. 22.)

teutſches Recht[285]) die Gemeindeautonomie an; wiewohl neuere Geſetze, obgleich ſie zuweilen die Errichtung beſonderer Localgeſetze für Gemeindeangelegenheiten vorſchreiben[286]), deren Giltigkeit an die Genehmigung der Regierung[287]) oder des Regenten ſelbſt[288]) knüpfen, auch der Gemeindeverſammlung oder den Gemeindeausſchüſſen nicht mehr als Beantragung, Berathung und Begutachtung zu geſtatten pflegen[289]). — Vermöge dieſer Gemeindeautonomie muß man innerhalb der angegebenen Grenzen gemeinrechtlich eine Gemeinde für befugt halten: a) die Erforderniſſe für den Erwerb der Genoſſenſchaft in der Gemeinde zu beſtimmen, und das Verhältniß feſtzuſetzen, in welchem ihre Genoſſen an den adminiſtrativen Gemeindehandlungen (Gemeindeverfaſſung im engſten Sinne), den Contributionen zu Gemeindezwecken und den Nutzungen der Gemeindegüter Antheil haben (Gemeindeverfaſſung im engeren Sinne); und b) die Bedingungen feſtzuſetzen, unter welchen Genoſſen oder auch Fremde an ihren Einrichtungen Theil nehmen dürfen, es ſei nun durch eigentlichen Fruchtbezug von Gemeindegütern, oder blos Benutzung oder Aufenthalt im Gemeindegebiete, z. B. zum Zwecke des Verkehrs, oder mit einem Worte, Vorſchriften der eigentlichen Gemeindepolizei (ſ. unten XI.) zu geben. Vorſchriften dieſer letzteren Art bilden den gewöhnlichen Inhalt der älteren von den Gemeinden ſelbſt gewillkürten Gemeindeordnungen; während man jetzt mit dieſem Namen die von der Geſetzgebung des Staates ausgegangenen Gemeindegeſetze zu belegen pflegt.

X. Gemeindegerichtsbarkeit iſt diejenige, welche von einem Vorſteher der Gemeinde als ſolchem ausgeübt wird. — Sie fand ſich bei den römiſchen Municipien, und bis gegen das Ende des Freiſtaates wohl unbeſchränkt[290]), während ſie anderen Gemeinden fehlte, bis die neueſten Organiſationen jeder Stadtgemeinde in den von ihr ſelbſt gewählten Defenſoren eine eigene Gerichtsbehörde, wenn auch mit Beſchränkung auf einen gewiſſen Sachwerth, zu Theil werden ließen[291]). Auch in Teutſchland ſtand ſie wohl nicht blos der urſprünglichen, unabhängigen Volks-

---

285) Sächſ. Landr. B. II, 55, B. III, 79. Schwäb. Landr. 408, 1. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 122, Note 8.

286) Preuß. St.-O. §. 2. Königl. ſächſ. St.-O. §. 1—5 und Geſ. v. 2. Febr. 1832, das Verfahren bei Einführung der Städteordn. betr. §. 10—15.

287) Königl. ſächſ. Ld.G.-O. §. 2, 3. Kurheſſ. G.-O. §. 3. — Zuweilen Genehmigung des Miniſter. des Innern, ſo in den kurheſſ. Hauptſtädten (kurh. G.-O. §. 3), und nach der preuß. St.-O. §. 4. Sächſ. St.-O. §. 5.

288) Sachſ.-altenb. Grundgeſ. a. a. O. und wenn ſie Abweichungen vom Geſetze enthalten, nach preuß. St.-O. a. a. O.

289) Preuß. St.-O. §. 4.

290) Vgl. Savigny a. a. O. Bd. 1, S. 28 flg., und über die beſchränktere Gerichtsbarkeit der Städte im ciſalpiniſchen Gallien ebendaſ. S. 35 flg.

291) Vgl. ebendaſ. S. 64 flg. — Die erſten Spuren von ihrer Gerichtsbarkeit finden ſich unter Valens und Valentinian (L. 1. C. de defensor. [1. 55.]). Ueber deren Ernennung und Beſtätigung durch den Präfectus Prätorio, beſonders T. C. de defensor. (1. 11.) Nov. 15. c. 1. Ihre frühere beſchränktere Competenz wurde von Juſtinian bis zu 300 solidi des Sachwerthes erhöht. Nov. 15. c. 3. 4.

gemeinde[292]), ſondern auch nach Ausbildung einer Herrſchergewalt jeder Gemeinde zu, inſofern es ſich von Uebertretungen der Vorſchriften der Gemeindepolizei, namentlich auch vom Gebrauche falſcher Maße und falſchen Gewichts im Verkehre handelte[293]), ohne darum gerade auf die Verhängung der dadurch verwirkten Strafen beſchränkt zu ſein. Vielmehr ſcheint, wie bei der ädilitiſchen Gerichtsbarkeit der Römer, auch die dadurch begangene Verletzung von Privatrechten der Gemeindegerichtsbarkeit angehört zu haben[294]); ja die Vorſteher von Dorfsgemeinden hatten die Gerichtsbarkeit zuweilen in allen Streitigkeiten über Geld und fahrende Habe, ſo wie in Anſehung der Beſtrafung handhaften Diebſtahles von geringem Betrage[295]); manche andere Gemeinden in allen Streitigkeiten von geringem Werthe[296]). Dieſe Gerichtsbarkeit kann man als eine den Gemeinden vermöge ihres ſtaatlichen Verhältniſſes eigene, als eine eigentliche **Municipalgerichtsbarkeit**, betrachten. — Während ſie bei den Dorfsgemeinden ſich nur zuweilen als eine Polizeigewalt[297]) und in den Märkerdingen, Haingeraiden oder Holzgedingen der Markgenoſſenſchaften[298]) erhalten, hat ſich die ſtädtiſche Gerichtsbarkeit regelmäßig erweiternd umgewandelt. — Ein Streben der Städte nach ausgedehnterer Gerichtsbarkeit erſcheint ſchon in den ihrer Verfaſſung zum Grunde liegenden Gilden gegeben, welche nicht nur Uebertretungen ihrer geſellſchaftlichen Ordnung mit Geldſtrafen und Ausſchließung von der Genoſſenſchaft ahndeten[299]), ſondern auch Verletzungen gegen Gildebrüder überhaupt unter dieſen Geſichtspunkt geſtellt zu haben ſcheinen[300]) und es den Genoſſen zur Pflicht machten, in Streitigkeiten untereinander wenigſtens nicht eher, als bis ſie die Schlichtung derſelben durch die Gilde vergeblich verſucht hatten, ſich an die Gerichte der landesherrlichen Beamten zu wenden[301]). Später erwarben die Stadtgemeinden regelmäßig die Befugniß von dem

---

292) Ueber die Gerichtsbarkeit dieſer civitates (Caesar de B. G. VI. c. 23., Tacitus Germ. c. 10. 13. 14. 15.), regiones, pagi, vici, die im Frieden keinen communis magistratus hatten (Caesar l. c.), unter beſonderen von ihnen gewählten magistratus (Caesar l. c. c. 22.), reges, principes, ſ. Caesar l. c. c. 22. 23. Tacitus l. c. c. 12. **Eichhorn**, teutſche Staats- und Rechtsgeſch. §. 14.

293) Sächſ. Landr. B. II, 13, und ausführlicher: ſächſ. Weichbild a. 19.

294) Vgl. ſächſ. Landr. a. a. O.

295) Sächſ. Landr. a. a. O.

296) Beiſpiele bei **Emminghaus**, memorab. Susat. p. 118. **Kopp**, heſſ. Gerichtsverf. §. 244. **Eichhorn**, Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. Bd. 2, S. 201, 202, Note.

297) Vgl. z. B. preuß. Landr. Th. 2, Tit. 7, §. 79, 86. **Klein** a. a. O. §. 788. Bayer. G.-O. §. 117, 118.

298) v. **Löw** a. a. O. S. 191 flg., S. 269 flg., und über das Verhältniß der Obermärker und Holzgrafen als Beamten der Genoſſenſchaft ebendaſ. S. 47 flg., S. 126 flg. Nur wo dieſe Perſonen als Obereigenthümer der Mark (ebendaſ. S. 43 flg., S. 52 flg.) die Gerichtsbarkeit üben, kann ſie als eigentliche Gemeindegerichtsbarkeit nicht betrachtet werden.

299) **Wilda** a. a. O. S. 121, 122, 132, 133, 136, 141, 143.

300) **Wilda** a. a. O. S. 139.

301) **Wilda** a. a. O. S. 136 flg.

Landesherrn, ihre Gerichte ſelbſt zu beſetzen[302]), und befreiten ſich ſo von den landesherrlichen oder königlichen Gerichtsbeamten [303]). Die Möglichkeit, eine ſolche Befugniß durch einen privatrechtlichen Titel zu erwerben [304]), auf der einen, die Möglichkeit, die Gemeinde dem Staate gegenüber als eine Privatperſon zu betrachten, auf der anderen Seite, die ſich insbeſondere in der Anſicht einer vermögensrechtlichen Perſönlichkeit derſelben verwirklichte, ließ es zu, dieſe Befugniß als einen Theil des Vermögens, des patrimonii der Städte, und ſie als eine ſogen. Patrimonialgerichtsbarkeit anzuſehen[305]). Das Daſein dieſer Auffaſſungsweiſe läßt ſich nicht leugnen, und ſie iſt eine nothwendige Folge der in der teutſchen Verfaſſung ſo wichtigen lehnrechtlichen Grundſätze. — Allein da man unter Gerichtsbarkeit nicht mehr und nicht weniger verſteht, als die Befugniß, die Rechtspflege zu verwalten, dieſe aber in der ſogen. Patrimonialgerichtsbarkeit an ſich noch gar nicht liegt, und der Inhaber derſelben, wenn ihm die Fähigkeit zur Verwaltung der Rechtspflege mangelt, die Befugniß zu derſelben überall nicht hat, ſo iſt der richtige Name für jene von den Städten erworbene Befugniß der der Gerichtsherrlichkeit, als das Recht, die Gerichte zu beſetzen, die Einkünfte der Rechtspflege zu beziehen, verbunden mit der Pflicht, den dazu erforderlichen Aufwand zu beſtreiten[306]). — Dieſe Befugniß iſt in dem Weſen der heutigen Gemeinden, die keine in jeder Beziehung ſelbſtſtändigen Rechtsgenoſſenſchaften bilden, keineswegs gegründet; und inwiefern ſie ihnen zuſteht, hängt blos davon ab, inwiefern ſich ein beſonderer Erwerb derſelben nachweiſen läßt. — Inſofern man die ſogen. freiwillige Gerichtsbarkeit als ein Zubehör des eigentlichen Richteramtes betrachtet, muß denn auch jene Gerichtsherrlichkeit die Befugniß enthalten, für ſie eine Behörde einzuſetzen[307]). Doch kommt die Führung der Grundbücher auch als eine von den Gemeindevorſtehern zu verwaltende eigentliche Gemeindeangelegenheit vor[308]), ſo wie auch gewiſſe Beglaubigungen von Rechtsgeſchäften[309]).

XI. Gemeindepolizei im eigentlichen Sinne iſt die Handhabung der vorſchriftsmäßigen Ordnung, deren Beobachtung die Bedingung der

---

302) Vgl. altenb. Grundgeſ. §. 121: Denjenigen Städten, denen die Wahl ihrer Juſtizbeamten bisher zuſtand... Königl. ſächſ. St.=O. §. 235.

303) Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 302, nach Note g, vgl. mit §. 244, 290, nach Note n—q, §. 310, nach Note e.

304) Davon gibt es viele Beiſpiele. Vgl. z. B. Origines guelf. IV. 207. Pufendorf, obs. I. opp. p. 268. Wigand, Femgericht S. 112, Note 23, S. 113, Note 25, S. 125, Note 12, S. 127, Note 6, S. 143, 144, Note 50, S. 152, Note 70. Königl. ſächſ. St.=O. §. 236.

305) Vgl. z. B. Claproth a. a. O. Bd. 1, §. 24. Mittermaier a. a. O. §. 139. Königl. ſächſ. St.=O. §. 237, 240. Für eine ſolche Gerichtsbarkeit paßt die Benennung Municipalgerichtsbarkeit, die Bülau a. a. O. S. 642 für ſie in Anſpruch nimmt, überall nicht.

306) P. G.=O. Art. 2, 204. Königl. ſächſ. St.=O. §. 242.

307) Vgl. auch königl. ſächſ. St.=O. §. 243.

308) Sachſ.=goth. G.=O. §. 46. Bad. G.=O. §. 41 a. E., §. 42 a. E.

309) Preuß. Landr. a. a. O. §. 79, 86. Klein a. a. O. §. 788.

Theilnahme an den Gemeindenutzungen iſt (ſ. oben unter IX. b). — Die Uebertretung dieſer Ordnung iſt, inſofern ſie nicht zugleich andere Geſetzwidrigkeiten enthält, zwar gewöhnlich von der Art, daß die Handhabung dieſer Ordnung ſich durch Aufſicht, Anzeige und Verurtheilung in die verwirkten Strafen erledigt, und fällt alſo inſofern mit der polizeilichen Gemeindegerichtsbarkeit, der Municipalgerichtsbarkeit im ſtrengſten Sinne (ſ. oben unter X.) zuſammen. Allein man darf doch einen präventiven Zwang gegen Handlungen, welche die Sicherheit der Gemeinde, ihrer Genoſſen oder ihrer Güter bedrohen, z. B. gegen das Betreten des Gemeindegebietes von Bettlern und Landſtreichern, gegen Brandſtiftungen und ſonſtige Beſchädigungen, damit um ſo weniger als ausgeſchloſſen betrachten, als dieſe Sicherheit ſchon der Natur der Sache nach zu den Gemeindezwecken gehört, ja in manchen Fällen die Geſetze ſelbſt Einzelnen im gemeinſamen Intereſſe einen ſolchen Zwang geſtatten[310]), wenn auch dieſe Vorſchriften bei veränderten Verhältniſſen nur modificirte Anwendung erleiden können. — So wie die Stadt Rom ſelbſt, ſo hatten auch die römiſchen Municipien ihre Aedilen, denen insbeſondere die Sorge für die Sicherheit der Straßen und des Marktverkehres, neben der Jurisdiction in damit zuſammenhängenden Streitigkeiten, oblag[311]); in der ſpäteren Zeit ſind auch die Defenſoren der Stadtgemeinden mit ſolchen Functionen bekleidet, ſo mit der Aufſicht über Maße und Gewicht[312]), der Ergreifung von Verbrechern, insbeſondere der latrones, und der Unterſuchung der geringeren Verbrechen[313]). Ebenfalls liegen ſolche Functionen, wie bemerkt, in der teutſchen Municipalgerichtsbarkeit. Daß dabei die eigentliche polizeiliche Function, die Aufſicht und der präventive Zwang, von der gerichtlichen, der Verurtheilung in die verwirkte Strafe, ſich nicht geſondert findet, darf um ſo weniger auffallen, als man ja auch heutzutage noch Beides zuſammenzuwerfen, und wegen der verwirkten Strafe nicht etwa die Polizeibehörde als Klägerin bei den Gerichten auftreten zu laſſen, ſondern ihr ſelbſt die Unterſuchung und Entſcheidung zuzuweiſen pflegt. — Indeß iſt doch eine ſolche Sonderung zuweilen beobachtet, indem namentlich die Dorfsvorſteher die Vergehen, welche ſie zu beſtrafen ſelbſt nicht befugt, bei den beikommenden Behörden zu denunciiren, zu rügen oder zu wrogen angewieſen ſind[314]), und neuere Geſetze,

---

310) Gegen Straßenräuber, Deſerteure und Ueberläufer (L. 1. 2. C. quando liceat unicuique [3. 27.], L. 4. C. ad legem Corn. [9. 16.], L. 3. §. 16. C. ad leg. Corn. de siccar. [48. 8.]), gegen Landfriedensbrecher (Landfr. v. 1495, §. 4).

311) Liv. II. 57. III. 55. Festus v. Aedilis. L. 2. §. 21. D. de O. J. u. a. Hüllmann, röm. Grundverfaſſung S. 206, 419. Niebuhr, röm. Geſch. Bd. 1, S. 680, 690, Bd. 3, S. 42 flg. Walter, Rechtsgeſch. S. 157, und über die Aedilen in den Municipien insbeſondere: Cic. ad div. XIII. ep. 11. L. 30. §. 1. D. locati. (19. 2.) L. 2. C. si serv. aut libert. (10. 32.) Thibaut, civ. Abh. S. 136, Note 13 und daſ. Citirte; auch Gans, Scholien zum Caius S. 15, Note 1. Vgl. den Art. Aediles.

312) L. 9. C. de defensor. (1. 55.)

313) L. 6. L. 7. C. eod. Nov. 15. c. 6.

314) So ſchon ſächſ. Landr. B. I, 2. Daher die Ruggerichte, auf denen freilich auch noch viele andere Geſchäfte abgemacht werden. S. Kopp, von

welche ihnen in ihrer Eigenſchaft als Gemeindebeamten die Gemeindepolizei unter dem Namen der Orts- oder Dorfspolizei zuweiſen [315]), haben ihnen zuweilen die Beſtrafung gänzlich entzogen und ſie auf jene Rüge beſchränkt [316]). Die Mehrzahl der neueren Geſetze aber erklärt den Gemeindevorſteher, oder den ganzen Gemeindevorſtand (je nach Verſchiedenheit der oben unter V. bemerkten Syſteme), in Anſehung der ihm, wiewohl zuweilen mit Beſchränkungen [317]), zugewieſenen Polizei ausdrücklich für ein Organ der Staatsregierung [318]), oder für einen landesherrlichen Diener [319]), oder für einen Beauftragten der Staatsregierung [320]), und behält letzterer die Befugniß vor, beſondere Staatsbeamte mit den polizeilichen Functionen zu bekleiden [321]). Dadurch verliert denn freilich dieſe Polizeigewalt den Charakter einer Befugniß der Gemeinde, und es verliert ſich in ihr die ganze Gemeindepolizei. Als ein beſonderer Zweig der Landgemeindepolizei iſt hier noch die Ueberwachung der Feldfrüchte gegen Beſchädigung, Vernichtung und Entwendung, ſo wie der Feldgrenzen gegen Verrückung zu erwähnen, welche von Feldhütern oder Flurſchützen [322]), Steinſetzern oder Siebenern [323]) geübt wird, welcher die Ueberwachung der Deiche durch Deichgrafen und Deichgeſchwornen [324]), ſowohl um der aus deren Mangelhaftigkeit entſpringenden Gefahr vorzubeugen, als Verletzungen derſelben abzuwenden, an die Seite zu ſetzen iſt. Dieſe Beamten ſind regelmäßig wirkliche Gemeindebeamten. Uebrigens können alle verſchiedenen Zweige der Polizei auch als der Ortspolizei angehörig gedacht werden [325]); allein es gibt Zweige der Polizei, welche auch für die einzelne Gemeinde ihren Zweck nur erreichen können, wenn im ganzen Staatsvereine ein zuſammenhängendes gleichmäßiges Streben für dieſelben in der Art ſtattfindet, daß die beſonderen Intereſſen einzelner Gemeinden den Intereſſen der Geſammtheit der Staatsbürger untergeordnet werden müſſen, z. B. die höhere Gewerbspolizei, und inſofern läßt ſich denn eine Grenze für eine beſondere Ortspolizei ziehen.

---

den geiſtl. und Civilgerichten in Heſſen Th. 1, §. 238, S. 309. Claproth a. a. O. §. 29.

315) Vgl. preuß. Landr. Th. 2, Tit. 7, §. 46 flg. Klein a. a. O. §. 786. Bayer. G.-O. Art. 108 flg.

316) Sachſ.-goth. G.-O. §. 32.

317) So in Anſehung der Perſonen und der zu verhängenden Strafen: Bad. G.-O. §. 51.

318) Preuß. St.-O. §. 45, 84 flg., 109. Königl. ſächſ. St.-O. §. 178 flg. Bayer. G.-O. §. 45 flg., §. 67 flg., §. 107 flg. Kurheſſ. G.-O. §. 61.

319) Großh. heſſ. G.-O. Art. 12.

320) Oldenb. G.-O. Art. 33.

321) Bad. G.-O. §. 6. Preuß. St.-O. §. 109.

322) Sachſ.-goth. G.-O. §. 4. Nach oldenb. Lb.-G.-O. Art. 55 iſt der Kirchſpielsfeldhüter indeß der Unterbediente in allen Amts- und Gemeindeangelegenheiten.

323) Sachſ.-goth. G.-O. §. 3, 94. — Die Benennung Siebener rührt von der Zahl her. — Zuweilen liegen jedoch dem Vorſtande dergleichen Functionen ob. Bayer. G.-O. §. 115.

324) Maurenbrecher a. a. O. §. 173a, Zif. 4. Schlesw.-holſt. Deichreglement v. 6. April 1803, §. 4.

325) Vgl. das Verzeichniß in der bad. G.-O. §. 48.

XII. Gemeindegebiet iſt derjenige Theil des Staatsgebietes, welcher der adminiſtrativen Einwirkung der Gemeinde unterworfen iſt. — Die Geſetze betrachten daſſelbe als ein weſentliches Erforderniß der Stadt- und Landgemeinden[326]), und nach ihm beſtimmt ſich regelmäßig deren Umfang[327]). Seine Grenzen können nur mit Genehmigung der Staatsregierung verändert werden[328]). In Beziehung auf die Gemeindeverwaltung iſt es bisweilen wiederum in Bezirke abgetheilt, denen beſondere Vorſteher gegeben ſind[329]). Der Grund und Boden, über den es ſich erſtreckt, kann entweder im Eigenthume ſtehen oder nicht. Daß im erſteren Falle dieſes Eigenthum bald Perſonen, welche eigentliche Gemeindeglieder oder ſonſtige Gemeindeangehörige ſind, bald Ausmärkern oder Forenſen (ſ. oben II. Note 142) zuſtehen kann, verſteht ſich von ſelbſt, ſo wie es auch im ſogen. Obereigenthume eines Grundherrn ſtehen kann. Es kann aber auch Eigenthum der Gemeinde ſein, was dann freilich vorausſetzt, daß, wie es regelmäßig der Fall iſt, derſelben eine moraliſche Perſönlichkeit beiwohne (ſ. unten XIII.). — Der letztere Fall kann zwar dann nicht eintreten, wenn man von der Anſicht ausgeht, daß Grund und Boden, welcher ſich in keinem Privateigenthume befinde, Eigenthum des Staates ſei. Dieſe in Teutſchland häufig aufgeſtellte Anſicht wird indeß in neuerer Zeit als unrichtig anerkannt[330]); wiewohl allerdings der Staat, oder ſeine moraliſche Perſönlichkeit, der Fiscus, ebenſo wie Privatperſonen, Eigenthümer oder Obereigenthümer von dem Grunde und Boden des Gemeindegebietes ſein kann. — Es iſt aber nun auch die Möglichkeit gegeben, daß ein Gemeindegebiet, oder ein Theil deſſelben, eine wahre res publica iſt (ſ. unten XIII. bei Note 334); ſo daß es zwar unter der Herrſchaft der Staatsgewalt ſteht und dieſe fremde Staaten, ſo wie deren Angehörige, von der Einwirkung auf daſſelbe, ſo wie von deſſen Benutzung ausſchließen kann, den Angehörigen des Staates aber die Ausübung derjenigen Befugniſſe geſtatten muß, welche aus ihrer Beſtimmung zum gemeinſamen Gebrauche folgen. Beſteht dieſes Verhältniß, ſo kann der Gemeinde die Befugniß, ſolche Ungenoſſen, welche Angehörige deſſelben Staates ſind, oder ſolche Fremde, denen der Staat die Theilnahme an jenem gemeinſamen Gebrauche geſtattet, von demſelben auszuſchließen, nicht zuſtehen. Unter dieſen Geſichtspunkt fallen insbeſondere diejenigen Wege im Gemeindegebiete, welche nicht blos zur Communication zwiſchen den Wohnungen und Grundſtücken der Gemeindeangehörigen dienen, alſo nicht eigentliche Gemeindewege ſind, ſondern in die Categorie der öffentlichen Straßen gehören; ferner auch die ſchiffbaren oder floßbaren Gewäſſer. Damit kann man aber die Befugniß einer Gemeinde, über

---

326) Großh. heſſ. G.-O. Art. 2. Bad. G.-O. §. 5.

327) Vgl. kurheſſ. G.-O. §. 4—8. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 3.

328) Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 5, 6.

329) Preuß. St.-O. §. 97. Bayer. G.-O. §. 89. Königl. ſächſ. St.-O. §. 230 flg. Kurheſſ. G.-O. §. 53. Zuweilen ſind auch mehrere Gemeinden in Beziehung auf gewiſſe Angelegenheiten zu größeren, Diſtricts-, Amts-, Kreisgemeinden, vereinigt. Bayer. G.-O. §. 7. Oldenb. G.-O. Art. 127 flg.

330) Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 189.

die Benutzung ſolcher Theile des Gemeindegebietes polizeiliche Vorſchriften zu geben, und die Polizei über dieſelben zu handhaben, ſofern ihr ſolche Befugniſſe nur überhaupt zuſtehen, nicht als ausgeſchloſſen betrachten, ſofern nicht geſetzliche Beſtimmungen dieſelben, z. B. bei eigentlichen Heerſtraßen, ausſchließen. Die Pflicht benachbarter Gemeinden untereinander, ſich gegenſeitig Communicationswege durch ihr Gebiet zu geſtatten, iſt bereits im ſächſiſchen Landrechte ausgeſprochen[331]). Steht der Gemeinde die Gerichtsbarkeit zu, ſo bildet das Gemeindegebiet zugleich einen Gerichtsbezirk, der bei Städten das Weichbild genannt zu werden pflegt. Gemeindemark bezeichnet das ganze Gemeindegebiet, oder auch denjenigen Theil deſſelben, an dem den Gemeindegliedern Nutzungsrechte zuſtehen.

XIII. Gemeindegut iſt der Inbegriff der Vermögensrechte einer Gemeinde. Es ſetzt voraus, daß dieſer die moraliſche Perſönlichkeit beiwohnt. Denn ohne dieſe kann eine Gemeinde, ebenſo wie der Staat, zwar ein Gebiet, aber keine Vermögensrechte haben. Das römiſche Recht unterſcheidet unter den Gegenſtänden, welche dem Staate angehören, die pecunia populi[332]), das patrimonium fisci oder reipublicae[333]), von deſſen Gebrauch die Einzelnen ausgeſchloſſen ſind, und worüber der Fiscus allein verfügt; und die eigentlichen res publicae, quae in usu populi sunt[334]). Güter der erſteren Art kann eine Gemeinde ebenfalls haben, ſo gut wie jede Privatperſon. — An den Gütern der letzteren Art haben die Gemeindeangehörigen, aber in ihrer Eigenſchaft als Staatsangehörige, dieſelben Nutzungsrechte, wie alle übrigen Staatsangehörigen. Sie können nur als Theile des Gemeindegebietes, nicht als Eigenthum der Gemeinde angeſehen werden. — Zwiſchen beiden ſtehen, ihrer rechtlichen Bedeutung nach, ſolche Güter, an denen die Gemeindeglieder als ſolche Nutzungsrechte haben. Dieſe ſind im Verhältniſſe der Gemeindeglieder unter einander und zur Gemeinde zwar ebenfalls res publicae, aber dennoch heißt es, daß ſie nur abusive ſo genannt werden[335]), indem ſie vielmehr universitatis ſind[336]). Im Verhältniſſe zum Staate und dritten Perſonen müſſen ſie alſo, da ſie der moraliſchen Perſon zuſtehen, als Privatgüter betrachtet werden; gehören alſo nicht blos zum Gemeindegebiete, ſondern zum Gemeindevermögen. Auch die neueren Geſetze unterſcheiden jene beiden Arten von Gemeindegut, das patrimonium reipublicae, auch vorzugsweiſe Gemeindegut[337]), in den Städten auch das Kämmereivermögen genannt[338]), und die res publicae im eigentlichen

331) Sächſ. Landr. B. II, 47.
332) L. 6. pr. D. de contrah. emt. (18. 1.)
333) L. 72. §. 1. D. eod.
334) L. 6. pr. L. 72. §. 1. D. cit.
335) L. 50. D. de V. S.
336) §. 6. J. de rer. div. (2. 1.): Universitatis sunt, non singulorum, quae in civitatibus sunt theatra, stadia et si qua alia sunt communia civitatum. L. 6. §. 1. D. eod. (1. 8.)
337) Bad. G.-O. §. 53.
338) Preuß. St.-O. §. 31. Königl. ſächſ. St.-O. §. 22, 29, 30. Ueber die dahin gehörigen Gegenſtände: kurheſſ. G.-O. §. 69 flg.

Sinne, z. B. das Allmendgut[339]), in den Städten auch das Bürgervermögen genannt[340]). Man kann unter ihnen wiederum (mit Maurenbrecher) ſolche unterſcheiden, welche der eigentlichen Gemeindenutzung (ſ. unten XIV.) unterworfen ſind, wie die Allmenden, und ſolche, an denen auch Anderen der Gebrauch freiſteht, zuweilen auch Fremden, ſo lange die Gemeinde es geſtattet, z. B. Brunnen, öffentliche Gärten und Spaziergänge. Allein der Unterſchied liegt hier vielmehr in den Nutzungsbefugniſſen, als in dem Gute, an dem ſie zuſtehen und gewährt werden. — Die neueren Geſetze erkennen es an, daß das Gemeindegut dem Staate gegenüber als Privatvermögen[341]) und zwar der Gemeindeglieder als Geſammtheit[342]) zu betrachten ſei, und daß der Staat es nie als Staatsgut behandeln oder unter ſeine unmittelbare Verwaltung ziehen könne[343]). Indeß iſt die Beſtimmung des Gemeindegutes immer die, zum Gemeindezwecke zu dienen; es ſei nun, daß es einen Fond bildet, aus dem die für dieſelben erforderlichen Ausgaben beſtritten werden, wie das patrimonium reipublicae, oder daß es den Gemeindegliedern ein Mittel gewähren ſoll, deſſen ſie ſich zur Erreichung ihrer Privatzwecke bedienen können, wie die res publicae universitatis. Der Gemeindezweck iſt aber auch Staatszweck, wiewohl ein ſolcher, den die Staatsregierung nur mittelbar durch die Gemeinde zu erreichen ſtrebt; und inſofern läßt ſich das Gemeindevermögen als ein zu mittelbaren Staatszwecken beſtimmtes Vermögen bezeichnen. Von dieſem Geſichtspunkte aus rechtfertigt es ſich denn auch, daß die Staatsregierung dafür thätig iſt, daß das Gemeindevermögen zu ſeinen Zwecken verwendet werde; aber der Begriff eines mittelbaren Staatsvermögens paßt freilich deßhalb nicht[344]), weil aus dieſem zu folgern ſtände, daß der Staat über daſſelbe zu jedem Staatszwecke verfügen könnte, ſobald er nur der Gemeinde, als eines Mittels, dieſe Verfügung zu bewerkſtelligen, ſich bediente. — Mit Recht hat man alſo eine ſolche, zuweilen dem Gemeindevermögen beigelegte, Qualification verworfen. In Beziehung auf das Gemeindevermögen genießt denn die Gemeinde auch alle diejenigen Vorrechte, welche man ihr als moraliſcher Perſon zugeſteht; wohin gewöhnlich die der Minderjährigen[345]), keineswegs aber auch die des Fiscus[346]) gezählt werden können.

---

339) Bad. G.=O. §. 53, 85 flg.

340) Preuß. St.=O. §. 31.

341) Königl. ſächſ. St.=O. §. 34, und namentlich in Beziehung auf die res publicae: bayer. G.=O. §. 24.

342) Bad. G.=O. §. 53. Königl. ſächſ. St.=O. §. 28.

343) Königl. ſächſ. St.=O. §. 34 und Ld.=G.=O. §. 63. Braunſchw. Landſchaftsordn. §. 45.

344) Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 165a, Note 2.

345) In Anſehung der respublica: L. 4. C. ex quib. caus. mai. (2. 54.) L. 3. C. de iure reip. (11. 29.) — Vgl. L. 9. D. de appellat. (49. 1.) — Bayer. G.=O. §. 21. Sachſ.=mein. Grundgeſ. §. 22. — Aufgehoben im Großherzogthum Heſſen durch Geſ. v. 21. Juni 1836. Vgl. Mittermaier a. a. O. (§. 111) §. 120, Note 6.

346) Vgl. Wening=Ingenheim, Lehrb. des Civilrechtes §. 68, und Mittermaier a. a. O. §. 139 a. E.

Außerdem gibt es indeß noch beſondere Vorſchriften für den Erwerb und die Veräußerung von Gemeindegütern. Zunächſt verſteht es ſich von ſelbſt, daß, inſofern dazu ein Willensact erforderlich iſt, derſelbe durch einen Gemeindebeſchluß hervorgerufen werden muß. Der Erwerb iſt dadurch erleichtert, daß den Stadtgemeinden, ebenſo wie den Kirchen, aus Geſchäften, welche die causa von dinglichen Rechten bilden, auch ohne hinzugekommene Tradition eine dingliche Klage geſtattet iſt[347]), alſo dem Effecte nach das dingliche Recht ſelbſt erworben wird. Auf der anderen Seite iſt er aber auch zuweilen dadurch erſchwert, daß Veräußerung an ſolche Gemeinden, welche das erworbene Gut nicht leicht wieder in den Verkehr bringen (todte Hand), namentlich an geiſtliche Corporationen, unterſagt[348]), oder an die Genehmigung des Regenten geknüpft iſt[349]), ſo wie zuweilen wenigſtens der Ankauf von Grundſtücken Genehmigung der Staatsregierung erfordert (oben unter V. a. E.). Die Veräußerung von Gemeindegütern iſt, wenn dieſelben von erheblichem Werthe ſind, oft ebenfalls an eine ſolche Genehmigung gebunden (oben unter V. a. E.), ſetzt überdieß auch häufig eine beſondere Berathung der Gemeindeglieder über die Nützlichkeit[350]), oder öffentliche Verſteigerung[351]) mit beſonderen Erforderniſſen[352]), voraus.

XIV. Gemeindenutzung iſt diejenige, welche den Gemeindegliedern als ſolchen am Gemeindegute zuſteht. Sie kann demnach nur an einer res publica universitatis ſtattfinden; und, wenn auch die Objecte, an denen ſie ſtattfindet, nicht jeder Benutzung Anderer entzogen zu ſein brauchen, ſo muß doch diejenige Art der Benutzung, welche als Gemeindenutzung betrachtet werden ſoll, den Gemeindegliedern an jenen Gegenſtänden ausſchließlich eigen ſein. Gewöhnlich iſt dieſer Gegenſtand eine Flur, die Allmende, und die Art der Nutzung eine ſolche, welche keine eigentliche Bodencultur vorausſetzt. Verwerflich ſind zwar die Anſichten, welche dieſe Nutzungsbefugniſſe aus einem Geſammteigenthume, oder einem Miteigenthume, oder gar aus einem Precarium ableiten; auch unterſcheiden ſie ſich von den Servituten dadurch, daß ſie, auf ähnliche Weiſe wie der väterliche oder ehemännliche Nießbrauch, Ausfluß eines beſonderen Status ſind, was allerdings Entſtehung und Verluſt derſelben beſonders modificirt; und inſofern iſt es auch allerdings (z. B. mit Maurenbrecher) zu beſtreiten, daß ſie Servituten ſind; allein das Weſen des beſtehenden Nutzungsrechtes an ſich iſt dem der Servitut ganz gleich. — Bloße Beiſaſſen ſind von dieſen Nutzungen regelmäßig ausgeſchloſſen, und wo die neueren Geſetzgebungen die dermaligen Beiſaſſen

347) Vgl. Thibaut, im Archiv für civ. Praxis Bd. 20, S. 1—13.

348) S. Geſetze und Literatur bei Maurenbrecher a. a. O. §. 222, Note 1.

349) Z. B. großh. heſſ. Verordn. v. 31. Jan. 1820.

350) L. 3. C. de vend. reb. civ. (11. 31.) Güter, welche eine Stadt titulo gratuito erwirbt, kann ſie ſofort veräußern und zu Gemeindebedürfniſſen verwenden. Ibid.

351) In Anſehung aller Gemeindegüter fordert dieß die bad. G.-O. §. 118.

352) Preuß. St.-O. §. 117.

in die Claſſe der Gemeindeglieder hinübergezogen haben, ſind doch den alten Gemeindegliedern, Altbürgern oder Gliedern der engeren Gemeinde, ihre hergebrachten Rechte belaſſen [353]); und es iſt nur dafür Sorge getragen, dieſen Unterſchied allmälig auszugleichen, ſo daß jene hergebrachten Rechte unter gewiſſen Umſtänden erlöſchen und dadurch den neuen Gemeindegliedern eine Theilnahme an ſolchen Nutzungen anheim fällt [354]). Bisweilen dahingegen hat man ſolche Gegenſtände, an welchen nur einem Theile der Gemeindeglieder ſolche Nutzungen zuſtehen, ganz von dem Gemeindegute abgeſondert [355]). Gewöhnlich ſtehen dieſe Nutzungen nur den Grundeigenthümern zu, welche nach der älteren Gemeindeverfaſſung namentlich in den Landgemeinden auch die alleinigen Gemeindeglieder zu ſein pflegen [356]); und oft beſtimmt ſich das Verhältniß der Antheile an dieſen Nutzungen, z. B. die Zahl der Thiere, welche auf die Weide getrieben werden dürfen, nach der Claſſe der Grundbeſitzthümer. — Uebrigens richtet ſich dieſer Antheil nach den in jeder Gemeinde, vorzüglich nach dem Herkommen, beſtehenden Normen; es kann z. B. eine Vertheilung nach Looſen u. ſ. w. ſtattfinden. Der natürlichſte Maßſtab iſt indeß das Bedürfniß, und da bei Benutzungen zum Zwecke des Ackerbaues daſſelbe von der Größe des Grundbeſitzes abhängt, ſo erklärt ſich der vorhin angedeutete Einfluß deſſelben.

XV. **Gemeindehaushalt** iſt der Inbegriff derjenigen Angelegenheiten, welche die Erhaltung, Vermehrung und Verwendung des Gemeindevermögens im engeren Sinne, oder des patrimonium der Gemeinde, betreffen. Indeß können dieſe Angelegenheiten, ſo wie auf alle Gemeindezwecke, ſo auch auf die res publicae universitatis, eine Beziehung haben, z. B. wenn es ſich darum handelt, auf ſie Verwendungen aus dem patrimonium zu machen, oder aus ihnen dem patrimonium etwas zu erwerben. Auf der anderen Seite berühren ſie aber auch die Gemeindelaſten, inſofern es ſich davon handelt, ob die Ausgaben für Gemeindezwecke aus dem Gemeindevermögen, oder durch den Ertrag von Beiſteuern der Gemeindeangehörigen zu beſtreiten ſind. Hier pflegt die Regel zu gelten: daß die Gemeindebedürfniſſe zunächſt durch die **Einkünfte** des Gemeindevermögens, und erſt wenn dieſe nicht ausreichen, durch Beiſteuern zu beſtreiten ſind [357]). Inſofern für dieſe Angelegenheiten nicht feſtſtehende Normen vorhanden ſind, werden die deßfallſigen Anordnungen zuweilen zwar von dem Vorſtande ſelbſt getroffen, ſo z. B.

---

353) Bad. G.-O. §. 54, 85 flg.

354) Großh. heſſ. G.-O. Art. 93—95.

355) Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 55.

356) Vgl. **Hagemann**, Landwirthſchaftsrecht §. 55, 95, Note 2. **Geſenius**, Meierrecht Bd. 2, S. 50, auch z. B. **Sachſe** a. a. O. §. 620, auch oldenb. Ld.-G.-O. Art. 20, 21, nach welcher von Nichtgrundbeſitzern nur eine gewiſſe Zahl zum Stimmrechte zugelaſſen wird.

357) Preuß. St.-O. §. 121. Großh. heſſ. G.-O. Art. 76. Bad. G.-O. §. 54, 55. Bad. Geſ. v. 28. Aug. 1835, §. 1, 2. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 114.

in Baden[358]). In gewiſſen beſonderen Fällen wird indeß eine Beſchlußnahme durch eine Gemeindeverſammlung, oder durch beſondere von dem Vorſtande verſchiedene Gemeindevertreter, oder doch deren Zuſtimmung, erforderlich (vgl. oben VII. nach Note 247). — In ſolchen Fällen verwaltet dann der Vorſtand nach den Beſchlüſſen der Gemeindeverſammlung oder deren Vertreter, ſonſt nach ſeinen eigenen, oder auch der Vorſteher des Vorſtandes nach den Beſchlüſſen des letzteren[359]). Eine weſentliche Norm für die Verwaltung bildet das Gemeindebudget, oder der Gemeindeetat, Voranſchlag, Haushaltungsplan, als die Ueberſicht der in einem gewiſſen Zeitraume zu erwartenden Gemeindeeinnahmen, und der für denſelben bewilligten Gemeindeausgaben, bei deſſen Feſtſtellung regelmäßig die Gemeinde oder deren Vertreter concurriren[360]), oder ſie vielmehr hervorrufen[361]). — Bei ſolchen Verträgen in Angelegenheiten des Gemeindehaushaltes, in denen ein gewiſſer Preis zu bedingen iſt, iſt dieſes regelmäßig im Wege des öffentlichen Aufgebotes zu bewerkſtelligen[362]).

XVI. **Gemeindecaſſe.** Eine Caſſe iſt ein Inbegriff von fungiblen Dingen, welche einen normalen für Alle gleichen Umſatzwerth haben, der dazu beſtimmt iſt, einen Stoff zu anderweitigen Verwendungen zu bilden. Sie beſteht alſo entweder aus Münzen oder Gegenſtänden, welche dieſelbe repräſentiren; ein Repräſentationsverhältniß, in welches, wenn einer ſolchen Caſſe eine moraliſche Perſönlichkeit beigelegt iſt, durch Dispoſitionen zu Gunſten derſelben auch Rechte und Forderungen, in Hinſicht auf deren Verwandlung in ſolche Umſatzmittel, gebracht werden können, z. B. wenn eine Caſſe eine Forderung an Zahlungsſtatt cedirt erhält. — Als das Subject der Caſſe kann entweder der Eigenthümer der in derſelben befindlichen Objecte (species), oder der, für deſſen Zwecke die Caſſe beſtimmt iſt, gedacht werden. — Eine Gemeinde ohne moraliſche Perſönlichkeit könnte nur in der letzteren Beziehung Subject der Caſſe ſein, wiewohl die Gemeindeglieder, als Privatperſonen, dennoch an den von ihnen zur Caſſe gelieferten Gegenſtänden ein Eigenthum, oder zufolge eingetretener Commixtion ein condominium an dem ganzen Inhalte der Caſſe, haben könnten[363]). Die moraliſche Perſon der Gemeinde könnte aber allerdings in der erſten Beziehung Subject der Caſſe ſein, wird ſich aber ſelten in dieſer Lage befinden. Denn der häufigere Fall wird der ſein, daß ein die Geſchäfte der Gemeinde führender Gemeinde-

---

358) Bad. G.-O. §. 42.

359) Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 59.

360) Großh. heſſ. G.-O. Art. 61, 62. Bad. G.-O. §. 132. Kurheſſ. G.-O. §. 80, 86. Königl. ſächſ. St.-O. §. 220 flg. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 91, 92.

361) Preuß. St.-O. §. 98 vgl. mit §. 124.

362) Vgl. großh. heſſ. G.-O. Art. 71 flg. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 81, 82, 83.

363) Daher iſt es denn auch ganz conſequent, daß die Mitglieder eines collegium illicitum (welches ja keine moraliſche Perſönlichkeit, die ein Subject einer Gemeindecaſſe bilden können, erlangt haben konnte) die zu ihrem Zwecke zuſammengebrachten pecunias communes unter ſich theilen. L. 3. pr. D. de collegiis. (47. 22.)

beamter, ein Kämmerer, Caſſirer, Gemeindeerheber, Pfleger, Gemeinderechner, Eigenthümer derjenigen Objecte iſt, welche die Gemeindecaſſe bilden, dahingegen aber der Schuldner der Gemeinde für den Betrag derſelben iſt. Denn dieſer Caſſenverwalter wird regelmäßig allein in dem Verhältniſſe zu dieſen Objecten ſtehen, daß ſie in Beziehung auf ihn in specie beſtimmt ſind [364]). Zum Begriffe einer Gemeindecaſſe erſcheint es indeß geeignet, daß ſie für die Beſtreitung der Gemeindebedürfniſſe oder für Gemeindezwecke beſtimmt iſt [365]); und die Geſetze ſprechen es zuweilen ausdrücklich aus, daß nur der ihr vorgeſetzte Gemeindebeamte zu Einnahmen für dieſelbe und Ausgaben aus derſelben befugt ſei [366]). Selbſt dann aber, wenn das Verhältniß der moraliſchen Perſon der Gemeinde zur Gemeindecaſſe nur das iſt, daß ſie einen Gemeindebeamten als Schuldner hat, der deren Inhalt für die Gemeindezwecke nach den Anordnungen der Gemeinde zu verwenden verpflichtet iſt, bildet die Gemeindecaſſe, oder dieſer Anſpruch, einen Beſtandtheil des Gemeindevermögens im eigentlichen Sinne, des patrimonium der Gemeinde. Allein ſie iſt an und für ſich kein Theil des Grundſtockes dieſes Vermögens, ſondern vielmehr nur das Medium, welches ſowohl die Erträge als disponibel gewordene Theile dieſes Grundſtockes, als auch die Beiſteuern der Einzelnen in ſich vorübergehend aufnimmt, um ſie ihrer Beſtimmung gemäß zu verwenden; es ſei nun durch Verwandlung in den Grundſtock, oder durch Verausgabung für Gemeindebedürfniſſe. Sie iſt es, durch welche die Anordnungen des Haushaltungsetats verwirklicht werden, und auf welche ſich die Rechnungsablegung bezieht, die dem Caſſenverwalter obliegt [367]).

XVII. Gemeindeſchulden. Schulden ſind Verbindlichkeiten eines Subjectes, und dieſe ſolche privatrechtliche Verhältniſſe deſſelben, vermöge welcher es ſeine rechtliche Willkür zu Handlungen oder Unterlaſſungen für die Zwecke einer anderen Perſon beſtimmen muß. Es kann aber nur die moraliſche Perſon der Gemeinde, nicht die Gemeinde ſelbſt, Subject von privatrechtlichen Verhältniſſen ſein, und dieſe blos intellectuelle Perſönlichkeit kann weder Willkür haben, noch dieſelbe zu irgend etwas beſtimmen. Freilich kann die Thätigkeit ihres Subſtrates, oder ihrer Organe, durch einen Beſchluß eine Willensbeſtimmung der moraliſchen Perſon hervorrufen; allein da dieſe nicht die Verpflichteten ſind, ſo kann auch gegen ſie keine directe Nöthigung eintreten, damit ſie einen den Verpflichtungen der moraliſchen Perſon entſprechenden Beſchluß faſſen. Stehen nun die Gemeindeglieder in Anſehung der rechtlichen Verhältniſſe der moraliſchen Perſon nur in dem Verhältniſſe ſolcher Organe, ſo befindet ſich dieſe, wenn durch ſie eine ſolche Beſchlußnahme nicht erfolgt,

---

364) Eigenthum, eben ſo wie Beſitz, iſt nur am speciell Beſtimmten möglich. Vgl. meinen Auff. in Roßhirt's Zeitſchr. für Civilr. und Criminalr. Bd. 3, S. 98 flg.

365) Vgl. preuß. St.-O. §. 125.

366) Vgl. kurheſſ. G.-O. §. 87 mit §. 88—91.

367) Vgl. großh. heſſ. G.-O. Art. 65 flg. Bad. G.-O. §. 127 flg. Königl. ſächſ. St.-O. §. 223. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 107.

in der Lage eines inſolventen Schuldners, und der Gläubiger kann nur deren Vermögen angreifen. Jedoch haben die Geſetze zuweilen erklärt, daß die einzelnen Gemeindeglieder für die Schulden der Gemeinde verhaftet ſind und zu deren Bezahlung Beiſteuern leiſten müſſen[368]). Rechtlich begründen läßt ſich dieſe Verpflichtung aber nur dadurch, daß die moraliſche Perſon, indem ſie Verbindlichkeiten für die Gemeindezwecke contrahirte, ihrem rechtlichen Verhältniſſe zur Gemeinde nach gegen deren Angehörige wiederum eine Forderung auf Erſatz erworben hat. — Zur Tilgung der Gemeindeſchulden werden oft beſondere, dann einen Theil des Haushaltungsplanes bildende, Tilgungspläne feſtgeſetzt[369]). Bei der Contrahirung von Anlehen tritt der beſondere Umſtand ein, daß es nicht thunlich iſt, die zum Darlehen gegebenen Gegenſtände der moraliſchen Perſon in specie erkennbar zu machen, und ſie auf eine andere Weiſe als durch eine versio in rem derſelben in deren Eigenthum zu bringen, woraus es ſich erklärt, weßhalb Gemeinden bei Darlehen erſt durch eine ſolche versio verpflichtet werden[370]). Indeß hat man dieſe Norm nicht als eine juriſtiſche Conſequenz, ſondern als ein Privilegium betrachtet, daher deren Anwendbarkeit beſtritten, und die versio in rem nur gefordert, wenn die Aufnahme des Anlehens nicht in Folge eines giltigen Gemeindebeſchluſſes geſchehen[371]). Häufig bedarf es, namentlich bei Anleihen von einer gewiſſen Größe, einer Genehmigung der Regierung oder auch der Gemeinde oder eines beſonderen Ausſchuſſes derſelben (ſ. oben unter V. Note 209, VI. Note 241).

XVIII. Gemeindelaſt iſt im weiteren Sinne jede Pflicht, welche einem Gemeindeangehörigen als ſolchem obliegt. — Dahin gehört: 1) die Theilnahme an den Adminiſtrationshandlungen der Gemeindeglieder, den Berathungen, Beſchlußnahmen und Wahlen (ſ. oben VII. VIII.); 2) die Uebernahme und Verwaltung von Gemeindeämtern (ſ. oben III.), ſie ſeien nun a) honores, oder b) munera; 3) die Leiſtung von Gemeindedienſten oder Frohnen (ſ. unten XIX.); 4) die Contribution zu den Gemeindeumlagen (ſ. unten XX.). — Die erſte Pflicht wird zwar in der Regel als eine bloße Befugniß betrachtet werden. Der Grund dafür iſt aber nur darin zu finden, daß zu ihrer Erfüllung keine Zwangsmittel angewendet zu werden pflegen; und bisweilen iſt auch ihre Nichterfüllung mit Nachtheilen bedroht, z. B. Entziehung des Stimmrechtes[372]), oder Geldſtrafen[373]). Ebenſo verhält es ſich mit der zweiten Pflicht, ſofern ſie die honores betrifft. Bisweilen iſt auch die Verweigerung der Ueber-

---

368) Preuß. St.-O. §. 36. Königl. ſächſ. St.-O. §. 84. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 17.

369) Z. B. königl. ſächſ. St.-O. §. 36 flg.

370) L. 37. D. de R. C. (12. 1.) Nov. 120. c. 6. §. ult. Vgl. meinen Aufſ. in Roßhirt's Zeitſchr. für Civil- und Criminalrecht Bd. 3, S. 98 flg.

371) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 124.

372) Preuß. St.-O. §. 63.

373) Bad. G.-O. §. 36. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 46.

nahme mit Nachtheilen bedroht[374]). Neuere Geſetze zählen dieſe Pflichten zu den Ehrenrechten der eigentlichen Gemeindeglieder, weßhalb denn auch Umſtände, welche ein Gemeindeglied derſelben unwürdig erſcheinen laſſen, es davon ausſchließen können[375]). — An den munera nehmen nach römiſcher Verfaſſung auch die Beiſaſſen Theil[376]); allein heutzutage pflegen ſie mit Beſoldung verbundene Aemter, und ihre Ablehnung pflegt geſtattet zu ſein[377]). Die beiden letzteren Pflichten liegen regelmäßig allen Gemeindeangehörigen ob[378]); ſie können durch Stellvertreter erfüllt werden[379]), haben einen beſtimmten oder beſtimmbaren Geldwerth (Marktpreis), zur Bewirkung ihrer Erfüllung können Zwangsmaßregeln auf dieſen Werth gerichtet werden, und ſind daher immer anwendbar[380]). Man kann ſie als die Gemeindelaſten im engeren Sinne bezeichnen. Sie wurden bei den Römern ebenfalls zu den munera gezählt, und zu manchen derſelben, welche als auf dem Vermögen laſtend angeſehen wurden, waren nicht blos die Gemeindebürger und Beiſaſſen, ſondern auch die Beſitzer von Gütern in dem Gemeindegebiete verpflichtet[381]); ſo wie man auch noch jetzt unterſcheiden muß, ob die Theilnahme an denſelben auf dem Grundbeſitze in der Gemeinde, oder auf der perſönlichen Theilnahme an den Gemeindeeinrichtungen beruht[382]). Die Befugniß, Befreiung von Gemeindelaſten zu ertheilen, iſt zuweilen den Gemeindebehörden ausdrücklich abgeſprochen[383]), zuweilen geſtattet[384]), und zuweilen gibt es geſetzliche Befreiungen[385]), namentlich auch in Beziehung auf die Uebernahme von Gemeindeämtern[386]). Wenn übrigens für das Verhältniß der Beitragspflicht zu den Staatslaſten auch die Größe des Vermögens und des Einkommens des Einzelnen als der richtige Maßſtab anerkannt wird, ſo verhält ſich dieß doch in Anſehung der Gemeindelaſten anders. Denn der Vermögendere nimmt keineswegs auch immer den größeren Antheil an den Einrichtungen der Gemeinde; und nur dieſer Antheil kann die richtige Norm für die Beitragspflicht geben[386a]). Bei denjenigen

---

374) Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 34.

375) Preuß. St.-O. §. 19 flg. Königl. ſächſ. St.-O. §. 73, 74, 76. Vgl. §. 86, 88.

376) Vgl. L. 3. pr. D. de munerib. (50. 4.) und oben II. Note 131.

377) Preuß. St.-O. §. 128—132. Königl. ſächſ. St.-O. §. 87.

378) Königl. ſächſ. St.-O. §. 88.

379) Königl. ſächſ. St.-O. §. 91.

380) Königl. ſächſ. St.-O. §. 96.

381) L. 18. §. 21—25. D. de munerib. S. auch altenb. Grundgeſ. §. 106.

382) Vgl. meinen Aufſ. in Falck's N. Staatsb.-Mag. Bd. 4, S. 16.

383) Preuß. St.-O. §. 41, 42. Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 69.

384) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 47.

385) Bad. Geſ. v. 31. Dec. 1831, §. 46. Königl. ſächſ. St.-O. §. 97—108 und Ld.-G.-O. §. 70, 72. Kurheſſ. G.-O. §. 78.

386) Ueber das röm. Recht: T. D. de vacat. et excus. mun. (50. 5.) Vgl. kurheſſ. G.-O. §. 47.

386a) Großh. heſſ. G.-O. Art. 78. Mittermaier a. a. O. §. 124, und, inſofern als das Princip der Staatslaſten wenigſtens die Regel bilden ſoll, abweichend Maurenbrecher a. a. O. §. 168.

Laſten, welche auf dem Grundbeſitze haften, entſcheidet zwar richtig die Größe deſſelben, ſofern er in der Gemeinde belegen iſt[387]); bei denjenigen, welche das Gewerbe betreffen, würde dahingegen deſſen Beſchaffenheit und Einträglichkeit normgebend ſein; und bei den übrigen gleiche Beitragspflicht nach Köpfen ſtattfinden müſſen[388]). In den neueren Geſetzen findet ſich zwar zuweilen eine Claſſificirung der verſchiedenen Gemeindebedürfniſſe, um zu beſtimmen, wer zu denſelben beizutragen habe[389]), ohne jedoch einen beſtimmten in allen Gemeinden geltenden Maßſtab feſtzuſtellen, der vielmehr der Regulirung nach örtlichen Verhältniſſen vorbehalten wird[390]). Bisweilen iſt, wenigſtens für die Geldbeiſteuern, das Verhältniß der Staatslaſten feſtgeſetzt[391]). — Wo das Herkommen entſcheidet, da wird indeß die Größe des Grundbeſitzes in der Regel entſcheidend ſein, und zwar auch in Anſehung der Beiträge zu ſolchen Bedürfniſſen, welche nicht ihrer Natur nach als Laſten des Grundbeſitzes anzuſehen ſind, z. B. zu Kirchen und Schulen. — Es läßt ſich aber nicht leugnen, daß, inſofern dieſelben nicht regelmäßig in gewiſſen Perioden wiederkehrende Bedürfniſſe ſind, z. B. die Erbauung von Kirchen und Schulgebäuden, ein größerer Beitrag des Grundbeſitzers ſich dadurch rechtfertigt, daß dieſe Einrichtungen auch ſeinen Nachfolgern in dem Beſitz zu Gute kommen, während der bloße Einwohner auf einen dauernden Vortheil für ſich oder ſeine Nachkommen dabei nicht zählen kann. Redet dieß dafür, dieſelben ihrem größeren Antheile nach auf den Grundbeſitz zu legen[392]), ſo iſt es denn auch am natürlichſten, den größeren Grundbeſitz größeren Beitrag leiſten zu laſſen, weil auf ihm regelmäßig auch die größere Zahl von Perſonen lebt, oder doch, namentlich wenn ſpätere Theilungen deſſelben eintreten, leben und an der durch die Beiſteuer bewirkten Einrichtung Theil nehmen kann. — Die Vorſchrift, daß die Beiſteuern zu ſolchen Bedürfniſſen möglichſt über die Zwiſchenzeit, nach welcher ſie wiederkehren, zu vertheilen ſind, die ſich z. B. in der oldenb. Landgemeindenordnung findet, iſt auch dann nicht anwendbar, wenn ſie von zufälligen Ereigniſſen abhängen.

XIX. Gemeindedienſte ſind diejenigen Handlungen, welche in der Anwendung von Arbeitskräften (operae) für den Gemeindezweck beſtehen. — Nicht ſelten, beſonders in den Städten, werden ſie nicht von den Gemeindeangehörigen als ſolchen, ſondern von Perſonen geleiſtet, welche einzelne bemeſſene Theile derſelben durch Vertrag gegen Vergütung

---

387) Vgl. königl. ſächſ. Ld.=G.=O. §. 65, Ziſ. 1, 2, 7, 8.

388) Vgl. königl. ſächſ. Ld.=G.=O. §. 67, Ziſ. 1, 2, 7.

389) Vgl. großh. heſſ. G.=O. Art. 82 flg. Königl. ſächſ. St.=O. §. 92. — Das bad. Geſ. v. 28. Aug. 1835, §. 2, 8, 28, läßt zwar zuerſt die Gemeindenutzungen beſteuern und dann Vertheilung nach dem Steuercapitale eintreten, aber auch durch Gemeindebeſchluß und Staatsgenehmigung die Beſtimmung eines anderen Maßſtabes zu.

390) Vgl. königl. ſächſ. Ld.=G.=O. §. 65 a. E.

391) Preuß. Landr. B. II, Tit. 7, §. 43.

392) Ueber theilweiſe Umlegung auf den Grundbeſitz: L. 12. C. de op. publ. (8. 12.)

übernommen haben, und es iſt dem Gemeindebeſchluſſe zuweilen ausdrücklich vorbehalten, ob ſie durch Naturalleiſtung der Gemeindeangehörigen, oder auf dieſe Weiſe zu bewerkſtelligen ſind [393]). Zum Theil werden ſie aber auch von dauernd dafür beſtellten und beſoldeten Perſonen, die dann einen Gemeindedienſt haben, z. B. Nachtwächtern u. ſ. w., geleiſtet, welche Diener vom Gemeindevorſtande beſtellt zu werden pflegen [394]). In dieſen Fällen tragen die Gemeindeangehörigen nur durch Geldſteuern zu denſelben bei (Communionsfuß). — Werden ſie aber von den Gemeindeangehörigen in natura geleiſtet, ſo ſind ſie Gemeindefrohnen, die in Handdienſte und Spann- oder Fuhrdienſte zu zerfallen pflegen. Zuweilen wird indeß ſelbſt die Einquartierungslaſt dahin gerechnet [395]). Leiſtungen, welche eine wiſſenſchaftliche Ausbildung oder eine Kunſt- oder Handwerksfertigkeit vorausſetzen, können indeß nicht als Gemeindefrohnen verlangt werden [396]), und Spanndienſte werden nur von denjenigen geleiſtet, welche Geſpann beſitzen [397]), während dann die Handdienſte zuweilen allein auf diejenigen fallen, denen daſſelbe fehlt [398]). Erſtere werden zuweilen nach der Zahl der Geſpanne, letztere nach Köpfen vertheilt [399]). Man unterſcheidet diejenigen, welche regelmäßig zu leiſten ſind, die Reihendienſte, von den übrigen, den Nothdienſten [400]). Uebrigens kann man nach der Verſchiedenheit der Zwecke, zu denen die Frohnen geleiſtet werden, allerdings noch mehrere Arten derſelben unterſcheiden, z. B. Baufrohnen, Wegefrohnen u. ſ. w., was aber nur in Anſehung der Beſtimmung der Beitragspflicht von Bedeutung iſt.

XX. Gemeindeumlagen (Anlagen — Auflagen) ſind die, von den Umſtänden abhängigen, nach einem gewiſſen Verhältniſſe unter den Gemeindeangehörigen vertheilten Beiträge zu den Gemeindebedürfniſſen, inſofern ſie nicht in Frohnen beſtehen. Sie ſind, wie dieſe, Gemeindelaſten, und werden gewöhnlich in Geld geleiſtet, können aber auch in Naturalien beſtehen [401]). Außer ſonſtigen Vorausſetzungen (ſ. oben XV. Note 357) iſt auch zuweilen zu ihrer Einführung die Genehmigung der Regierung erforderlich [402]). Bisweilen werden jedoch auch Staatsabgaben in der Form von Gemeindeanlagen über die Gemeindeangehörigen vertheilt und von ihnen aufgebracht [403]).

393) Bad. Geſ. v. 28. Aug. 1835, §. 21 flg.
394) Großh. heſſ. G.-O. Art. 19. Kurheſſ. G.-O. §. 56.
395) Bayer. G.-O. §. 28: die Quartiere. Auf die Verpflegung der Truppen will dieß indeß beſchränken: Maurenbrecher a. a. O. §. 168.
396) Kurheſſ. G.-O. §. 78. Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 66.
397) Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 65, Ziſ. 4.
398) Preuß. Landr. B. II, Tit. 7, §. 38. Königl. ſächſ. Ld.-G.-O. §. 65, Ziſ. 5.
399) Bayer. G.-O. §. 29—31 vgl. mit preuß. Landr. B. II, Tit. 7, §. 42.
400) Kurheſſ. G.-O. §. 78. Vgl. übrigens den Art. Frohnen.
401) Bayer. G.-O. §. 34.
402) Preuß. St.-O. §. 121. Bad. Geſ. v. 28. Aug. 1835, §. 18. Oldenb. Ld.-G.-O. Art. 77.
403) Preuß. St.-O. §. 122.

XXI. Gemeinheitstheilung läßt ſich in zweifacher Art denken, entweder als eine Vertheilung des Gemeindegebietes, oder als eine Vertheilung des Gemeindegutes. — In der erſteren Bedeutung würde ſie aber immer nur als eine Occupation herrenloſer Dinge, und eben ſo willkürlich als dieſe ſein. — In der letzteren Bedeutung ſetzt ſie eine moraliſche Perſönlichkeit der Gemeinde voraus, weil es ohne dieſe kein Gemeindegut geben kann, und da dieſe moraliſche Perſon doch mit ſich ſelbſt nicht theilen kann, ſo muß ſie immer eine Veräußerung von Seiten derſelben enthalten. Die Theilung unterſcheidet ſich aber hier, in der conſtanten Bedeutung des Wortes, dadurch von anderen Veräußerungen, daß ſie unter ſolchen Perſonen geſchieht, denen das, was veräußert oder getheilt werden ſoll, ſchon gemeinſam iſt. Den Gemeindegliedern iſt aber nur die moraliſche Perſon, auf deren Daſein ſie ein Recht haben, nicht ihr Gut, gemeinſam; ſie haben vielmehr nur ein Recht, die Benutzung des Patrimoniums zu Gemeindezwecken zu verlangen, und die res publicae zu ihren Privatzwecken zu benutzen. Dieſe Rechte können ihnen aber auch wider ihren Willen nicht entzogen werden. Es entſtehen dabei zwei Fragen: 1) unter welchen Vorausſetzungen kann zur Theilung geſchritten werden? und 2) wie iſt die Theilung vorzunehmen? — In Anſehung der erſten Frage ſind nun zwar die von Einzelnen ausgeſprochenen Anſichten, daß alle Gemeindeglieder in die Theilung willigen müßten[404]), oder daß jedes Gemeindeglied die Theilung fordern könne[405]), als aufgegeben zu betrachten; vielmehr wird jetzt allgemein die Anſicht vertheidigt, daß ein gewöhnlicher Gemeindebeſchluß die Theilung giltig feſtſetzen könne[406]). Es rechtfertigt ſich dieß auch dadurch, daß die Handlung von Seiten der moraliſchen Perſon eine bloße Veräußerung iſt, und die Conſequenz führt dann dahin, für ſie dieſelben, aber auch keine anderen, Erforderniſſe zu verlangen, als diejenigen, welche für Veräußerungen der Gemeindegüter überhaupt vorgeſchrieben ſind (ſ. oben V. Note 214, 15, VI. Note 238). Es ſcheint nun zwar dagegen erinnert werden zu können, daß doch jedes Gemeindeglied einen Anſpruch darauf habe, daß das Patrimonium für ſeinen bisherigen Zweck verbleibe, um ihm die Beiſteuern zu Gemeindebedürfniſſen zu erſparen, und daß ihm ferner ſeine Nutzungen an den res publicae verbleiben; daß ihm auch eine Veränderung dieſer Rechte nicht aufgedrungen werden könne, wenn es auch Entſchädigung dafür erhalte, ja ſelbſt wenn es dadurch gewinne. Allein es hat jeder dieſe Rechte doch immer nur als Gemeindeglied, er würde ſie ganz verlieren, ſobald er aufhörte Gemeindeglied zu ſein, und er kann nur Gemeindeglied ſein, wenn in Gemeindeangelegenheiten der giltig ent-

404) Runde, Beiträge zur Erörter. rechtlicher Gegenſtände Bd. 1, Nr. 1.

405) Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechtes Bd. 2, Nr. 1.

406) Mittermaier a. a. O. (§. 118) §. 130, wo auch in der Note ſich die Nachweiſung der Literatur und der Theilungsgeſetze findet, worüber auch insbeſondere zu vgl. iſt: Rüder in Müller's Arch. für die neueſte Geſetzgebung Bd. 2, S. 310 flg. Maurenbrecher a. a. O. §. 172. Nach dem Willen „von etlichen luden", eine ſolche Theilung von Wäldern und Weiden vorzunehmen, unterſagt bereits das Kaiſerrecht II. 56.

ſtandene Gemeindewille mit dem ſeinigen als identiſch gilt; und daraus folgt, daß er in Anſehung ſeiner Rechte, die er nur vermittelſt der Mitgliedſchaft in der Gemeinde hat, von dem Gemeindewillen abhängig iſt. Die neueren Geſetzgebungen haben indeß, ohne Zweifel in Hinſicht auf die Wichtigkeit der Sache, für die Giltigkeit des Beſchluſſes der Theilung beſondere Erforderniſſe aufgeſtellt, z. B. außer der Genehmigung der Regierung nicht nur einen Beſchluß der Gemeindevertreter, ſondern auch einen damit übereinſtimmenden Beſchluß des Gemeindevorſtandes[407]), oder eine größere Majorität in der einzelnen Verſammlung, z. B. von drei Viertheilen der ſtimmfähigen Gemeindeglieder[408]). Dabei haben ſie indeß freilich nur die Theilung der res publicae oder des Allmendgutes im Auge, deren Verwandlung in patrimonium universitatis zuweilen an dieſelben Erforderniſſe geknüpft iſt[409]). — Anderntheils hat man auch die Aufhebung jener gemeinſchaftlichen Benutzung ſolcher Güter, welche dieſelben der Cultur entzieht, und ähnlich wie grundherrliche Rechte und Frohnen als ein Hinderniß der landwirthſchaftlichen Intereſſen erſcheint, namentlich bei den Landgemeinden zu fördern geſucht[410]); und ſo erklärt es ſich, daß man ſelbſt dritte Perſonen zuweilen für ſchuldig erklärt hat, zum Zwecke der Theilung ſich die Separation gefallen zu laſſen, nämlich ihre Rechte an ſolchen Gemeindegütern gegen Entſchädigung aufzugeben[411]), und daß man dem einzelnen Gemeindegliede die Befugniß zugeſtanden hat, zu fordern, daß ihm, wiewohl ohne Einräumung des Eigenthums, ein verhältnißmäßiger reeller Antheil zu ſeiner freien Benutzung zugewieſen werde[412]). Man hat aber auch auf der anderen Seite bei ſolchen Gütern, die auch in der Gemeinſchaft eine entſprechende Benutzungsart gewähren, die Theilung unterſagt, z. B. bei Waldungen[413]), und ebenfalls dafür geſorgt, daß die Theilung nicht ſolche Güter der gemeinſchaftlichen Benutzung entziehe, die derſelben unentbehrlich ſind, z. B. Tummelplätze für das Vieh[414]), oder ſie auf den Fall beſchränkt, daß dadurch die Landescultur im Ganzen verbeſſert und gefördert werde[415]). — Uebrigens verſteht es ſich ganz von ſelbſt, daß jeder die Theilung in Vorſchlag bringen, oder darum anſuchen darf, und daß dieſe Befugniß von der, die Theilung zu fordern, von einem rechtlichen Anſpruche

---

407) Preuß. St.-O. §. 118.

408) Großh. heſſ. G.-O. Art. 95. Bad. G.-O. §. 105, 110. Bayer. Geſ. über G.-Th. v. 1. Juli 1834, §. 6. Vgl. auch goth. Gth.-O. v. 2. Jan. 1832, §. 3. Kurheſſ. v. 24. Oct. 1834, §. 14. Braunſchw. v. 20. Dec. 1834, §. 24.

409) Preuß. St.-O. §. 123.

410) Beide Verhältniſſe werden zuweilen als Beläſtigung von Grund und Boden aufgefaßt; ſo im königl. ſächſ. Geſ. über Ablöſungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832.

411) Bad. G.-O. §. 95.

412) Bad. G.-O. §. 97.

413) Bad. G.-O. §. 92.

414) Bad. G.-O. §. 94.

415) Preuß. Geſ. §. 22.

auf Theilung, wie er dem Theilhaber an einer communio zuſteht, durchaus verſchieden iſt. Wenn aber ein Geſetz dem Gemeindegliede es ausdrücklich als ein Recht einräumt, auf Theilung anzutragen, ſo wird man dieß nur als eine Einräumung der Befugniß, auch wider den Willen der Gemeinde Theilung zu fordern, verſtehen können, wie z. B. im Königr. Sachſen dem Gemeindegliede in dieſer Hinſicht daſſelbe Recht zugeſtanden iſt, wie dem Grundbeſitzer in Anſehung der Ablöſung der auf ſeinem Beſitze haftenden Laſten[416]). — In Anſehung der zweiten Frage gibt es zwei verſchiedene Anſichten: eine, welche gleiche Theilung nach Köpfen, und eine andere, welche Theilung nach Verhältniß der bisherigen Nutzungsrechte für richtig erklärt. — Iſt nun die Theilung eine Veräußerung durch einen Beſchluß der moraliſchen Perſon, ſo muß man auch annehmen, daß ſie beſchließen könne, an wen ſie veräußern wolle, bei der Theilung alſo auch, welchen Antheil jeder empfangen ſolle, und daß, wenn ſie einen Beſchluß darüber nicht gefaßt habe, jeder, dem ein Anſpruch auf Theilung erworben ſei, gleichen Antheil habe. — Hierbei kommt indeß in Betracht, daß der von der moraliſchen Perſon gefaßte Veräußerungsbeſchluß diejenigen Rechte noch gar nicht berühren würde, welche den Gemeindegliedern als ſolchen, oder als Subjecten in der Gemeinde, zuſtehen, wenn ſich ihr Beſchluß nicht auch auf dieſe erſtreckte; wenn ſie alſo blos als Organe der moraliſchen Perſon, nicht aber auch zugleich als Subjecte in der Gemeinde, den Beſchluß faßten. — Dieſer Fall kann aber deßhalb nicht eintreten, weil ſie grade nur als Subjecte in der Gemeinde auch Organe der moraliſchen Perſon oder der Gemeinheit ſind; und jeder Beſchluß, den ſie in der letzteren Eigenſchaft faſſen, muß demnach diejenigen Rechte, die ihnen in der erſteren zuſtehen, in ſo weit aufheben, als ſie damit im Widerſpruche ſtehen. — Haben ſie nun die Theilung beſchloſſen, ſo kann damit freilich die Fortdauer ihrer bisherigen Rechte als ſolcher nicht beſtehen. Allein das Intereſſe, welches ſie bei dieſen Rechten haben (was allerdings von dem Rechte ſelbſt unterſchieden iſt), der Gewinn oder die Erſparung, welche ſie durch fortwährende Ausübung oder Gewährung ihres Ertrages in ihrem Privatvermögen genießen würden, iſt rein privatrechtlicher Natur und kann durch keinen Gemeindebeſchluß gebrochen werden, und zwar auch dann nicht, wenn er die Art der Theilung feſtſetzt. Das Recht, dafür Entſchädigung zu verlangen, könnte nur durch Verzicht jedes Einzelnen aufgehoben werden; und kann die moraliſche Perſon dieſe Entſchädigung nicht anderweit leiſten, ſo liegt in einer ſolchen Theilung, wenn ſie nicht zugleich jene Entſchädigung realiſirt, eine Verletzung von Privatrechten. Inſofern nun dieſe Rückſicht eine Theilung nach Verhältniß des bisherigen Genuſſes, oder der bisher den Einzelnen gewährten Erſparungen, erforderlich macht, iſt die letztere Anſicht die richtige. Ihr folgt auch die Mehrzahl der Ge-

416) Königl. ſächſ. Geſ. über Ablöſungen u. ſ. w. §. 133, vgl. mit §. 1. — Es erklärt ſich dieß aus der Bemerkung oben Note 410. — Indeß hat man es doch anders verſtehen wollen. Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 172, Note 4. S. auch preuß. Geſ. §. 4 flg.

ſetze[417]). Es findet ſich aber auch die erſtere ausgeſprochen[418]). Wäre indeß durch den Theilungsbeſchluß die ganze moraliſche Perſönlichkeit der Gemeinde aufgehoben, ſo könnte auch von jenem Rechte auf Entſchädigung nicht weiter die Rede ſein. Denn das verpflichtete Subject deſſelben wäre untergegangen, und diejenigen, welche ſeinen Untergang bewirkt, können deßhalb keiner Verpflichtung unterworfen ſein, weil ſie denſelben nur herbeiführen konnten, wenn ſie dazu befugt waren. — Allein iſt dieſer Untergang bewerkſtelligt, ehe die Theilung den Theilnehmern Sonderrechte an den ehemaligen Gemeindegütern gegeben hat, ſo kann auch von einer Theilung nicht weiter die Rede ſein. Denn man muß die freilich beſtrittene Meinung, daß beim Untergange der moraliſchen Perſönlichkeit die derſelben zuſtändig geweſenen Güter bona vacantia werden, als die richtige anerkennen[419]), weil ſich hier keine anderen Normen aufſtellen und anwenden laſſen, als diejenigen, welche beim Untergange anderer Subjecte in Ermangelung von Erbberechtigten gelten. Die Leitung der Gemeinheitstheilung iſt zuweilen den Behörden der Staatsregierung zugewieſen[420]) und für eine Adminiſtrativjuſtizſache erklärt[421]). Genehmigung der Staatsregierungsbehörden wird regelmäßig gefordert[422]), zuweilen ſelbſt die des Miniſteriums des Innern[423]).

XXII. Gemeindeſachen. Darunter werden hier die Geſchäftsverhältniſſe der Gemeinden verſtanden. — Sie beſtehen entweder 1) in Anordnungen über Gemeindeangelegenheiten und deren Ausführung; oder 2) in der Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechtsverhältniſſen der Gemeinde; oder 3) in der Geltendmachung oder Vertheidigung von Rechten der Gemeinde im Rechtswege. — Im Inneren der Gemeinde, oder innerhalb des Gemeindeorganismus, nämlich zwiſchen der Gemeinde, deren Organen und Gliedern oder Angehörigen als ſolchen, ſind ſie, ſo lange (was eigentlich ſchon von ſelbſt daraus folgt, daß ſie ſich innerhalb des angegebenen Kreiſes bewegen müſſen) die Gemeinde oder deren Organe die rechtlichen Grenzen ihrer Befugniſſe nicht über-

---

417) Geſtattungen gemeiner Wälder in Dipl. archiep. Colon. a. 1275. bei Günther, Cod. dipl. Rh. Mos. II. 411. und Dipl. abbat. de Campo a. 1303. bei Kindlinger, Münſter. Beitr. II. 300 ſagen ſchon: ita quod quilibet eorum proportionaliter partem recipiat, assignantes unicuique marchioni iuxta modum domus sue legitimam portionem. — Unter den neueren Geſetzen folgen dieſer Anſicht z. B. großh. heſſ. G.-O. Art. 96. Königl. ſächſ. G.-Th.-Geſ. §. 152, 154. Kurheſſ. §. 33—40. Hannöv. v. 25. Juni 1822, §. 36. Preuß. v. 7. Juni 1821, §. 31. Braunſchw. §. 54. Für dieſe Anſicht auch Maurenbrecher a. a. O. §. 172.

418) Bad. G.-O. §. 106. Goth. Geſ. §. 9. — Für dieſe Anſicht Mittermaier a. a. O. §. 130.

419) Mittermaier a. a. O. §. 122, Note 10.

420) Großh. heſſ. G.-O. Art. 96. — Regulirung oder Beſtätigung von Generalcommiſſionen der Regierung nach preuß. Geſ. über die Ausführung der G.-Th.-Ordn. v. 17. Juni 1821.

421) Inſtruct. für die großh. heſſ. Landräthe v. 10. Dec. 1821, §. 32.

422) Württemb. G.-E. §. 66. Bad. G.-O. §. 151.

423) Bad. Verordn. v. 17. Juli 1831, §. 4.

ſchreiten, öffentliche oder ſogen. Adminiſtrativſachen, und die in Anſehung ihrer getroffenen Anordnungen können demnach im Inneren der Gemeinde durch die Gemeindegewalt eigenmächtig ohne richterliche Hilfe ausgeführt, auch, inſofern das Einhalten der rechtlichen Grenzen unbeſtritten iſt, nie einer richterlichen Beurtheilung unterliegen; es ſei denn, daß die handelnden Subjecte der Gemeinde für die Zweckmäßigkeit ihrer Handlungen verantwortlich gemacht wären, oder dieſelbe Rechte jener gegen dieſe begründen könnte, und ſo die Zweckmäßigkeit, oder das Gegentheil, der Grund von rechtlichen Folgen ſein könnte. — In dieſem Falle, oder wenn die Einhaltung der rechtlichen Grenzen beſtritten iſt, wird dann die Gemeindeſache eine Juſtizſache, deren Grundlage ein Verhältniß zwiſchen der Gemeinde und Gliedern oder Organen derſelben iſt; allein bei dieſer Juſtizſache ſelbſt, in welcher es ſich dann um Privatrechte dieſer letzteren (die ihnen denn auch nur als Privatperſonen zuſtehen können) handelt, ſtehen ſie als dritte Perſonen der Gemeinde gegenüber. — Die Geſchäfte der zweiten und dritten Art ſind im Inneren der Gemeinde auch immer nur Geſchäfte der erſteren Art, nämlich Anordnungen über Gemeindeangelegenheiten; in Beziehung zu dritten Perſonen aber ſind ſie Juſtizſachen, wiewohl, wenn man zum Weſen der Juſtizſache die Thätigkeit einer unparteilichen öffentlichen Behörde in einer Angelegenheit fordert, die Geſchäfte der zweiten Art nur dann dahin gezählt werden können, wenn eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit in denſelben thätig wird. — Zuweilen ſind indeß die Staatsbehörden ſo geſtellt, daß ſie in den Gemeindeſachen eine höhere Verwaltungsinſtanz bilden, ſo daß gegen alle Anordnungen in Gemeindeangelegenheiten an ſie Beſchwerden gerichtet werden können (ſ. oben V. Note 203 flg.), alſo eine Gemeindeſache ſolcher Art auch außerhalb des Gemeindeorganismus im engeren Sinne noch Adminiſtrativſache bleiben kann, ſelbſt wenn ſich an ihr Merkmale finden, welche ſie zu einer Juſtizſache qualificiren, ohne daß aber damit in dieſem Falle der Juſtizweg abgeſchnitten iſt[424]). Brackenhoeft.

Gericht. Gerichtsbarkeit. Gerichtsſtand[1]). — Sobald ſich ein Staat, als ein Gemeinweſen mit Gewährleiſtung aller wohlerworbener Rechte, mithin eine Geſellſchaft auf gutem[2]) Rechtsboden conſtituirt hat, muß zu allernächſt auch das Bedürfniß nach gewiſſen unparteiiſchen Mittelsperſonen entſtehen, welche überall, wo Rechtsanſprüche collidiren[3]), zur Entſcheidung, was Recht und Unrecht ſei,

---

424) So ſtellt ſich das Verhältniß nach preuß. St.-O. §. 139.

1) Eine beſondere Schrift, welche dieſe wichtige Lehre erſchöpfend behandelte, iſt bis jetzt nicht bekannt; wogegen viele treffliche hiſtoriſche Vorarbeiten vorhanden ſind; beſonders die gekrönte Preisſchrift: Geſchichte des altgermaniſchen öffentlich mündlichen Gerichtsverfahrens von G. L. v. Meurer. Heidelberg 1824.

2) Die Anarchie oder Despotie kann hier freilich nicht in Betracht kommen. In ihrem Bereiche können zwar auch Geſetze und Organiſationen entſtehen, aber die pflichttreue Handhabung iſt nicht garantirt.

3) Eine Colliſion im ſtrengen Wortverſtande ſollte zwar der Juriſt gar nicht zugeben, weil ſich bei der Abwägung der entgegenſtehenden Prätenſionen

angegangen werden können; denn es iſt tief in der menſchlichen Natur gegründet, daß Jedermann, der gegen einen Anderen zweifelhafte Zuſtände geltend zu machen und zu ordnen hat, dabei nicht mit derjenigen Ruhe und Beſonnenheit verfährt, welche er etwa gegen Dritte, an deren Schickſale er nicht betheiligt iſt, beweiſen würde. Auf Erhaltung des Beſitzes[4]) ſind die Wünſche Aller, auch der Beſten, gerichtet, aber es ſtreben die Meiſten auch nach Erweiterung ihres Beſitzthums. Der pſychologiſche Grund davon iſt die bewußte oder unbewußte Thatſache, daß der Menſch gern über den Nebenmenſchen herrſcht[5]), nicht ſowohl aus angeborner Despotie, als um ſeinem Willen, oft auch den Eingebungen der Laune, einen möglichſt weiten Spielraum, und damit zugleich dem äußeren Glücke und Wohlbehagen eine möglichſt ſichere Exiſtenz zu verſchaffen. Um aber ohne Gewalt und Verdruß herrſchen zu können, muß man über irdiſche Güter gebieten können, durch deren Angebot und Ueberlaſſung der entgegenſtehende Wille gleichſam abgekauft wird. Da nun mit ſo viel Eifer und Voreingenommenheit[6]) ein Jeder ſeine wirklichen oder vermeintlichen Rechte verfolgt oder vertheidigt, ſo kann der Staat unmöglich geſtatten, daß Streitigkeiten, ſeien ſie auch nur Privatſtreitigkeiten, privatim ausgefochten werden[7]), indem er von dem Augenblicke an, wo die Individuen ſich ſelbſt Recht zu nehmen erlauben würden, zu beſtehen aufgehört hätte. Denn wozu wäre noch ein Geſetz vorhanden, wenn ein Jeder es nach Willkür[8]) auslegen, anwenden und verletzen könnte? Was aber von Privatrechten, vom eigentlichen Mein und Dein gilt, das findet noch in erhöhterem Grade Anwendung auf die eigentlichen Urrechte, auf die unveräußerlichen Güter, welche zu ſchützen das Criminalrecht eingeführt iſt. Wenn hier wegen Verletzungen

---

immer zeigen muß, wer das beſſere Recht hat, gegen welches das andererſeits behauptete nicht beſtehen kann; gleichwohl aber kommen oft Fälle von ſo zweifelhafter Art vor, daß ſelbſt nach der richterlichen Entſcheidung, welche nur formell den Streit abthut, noch ſtets ein materieller Widerſpruch übrig bleibt.

4) v. Jagemann, die Anforderungen der Zeit an den Stand der Civilrichter (Frankfurt a. M. 1831), §. 1.

5) Kant, Anthropologie S. 253: Die Leidenſchaft der Herrſchſucht fängt von der Furcht an, von Anderen beherrſcht zu werden und iſt darauf bedacht, ſich bei Zeiten in den Vortheil der Gewalt über ſie zu ſetzen.

6) Schulze, pſychiſche Anthropologie 3. Ausg. (Göttingen 1826), ſagt S. 443: Der Herrſchſucht ſind alle Mittel recht, wenn ſie nur zum Ziele führen. Von allen Leidenſchaften treibt ſie daher die Ungerechtigkeiten gegen die Menſchen am weiteſten. Auch gehört dieſelbe mit zu den unerſättlichen Begierden der Menſchen.

7) Zachariä, 40 Bücher v. Staate (Heidelberg 1840), Bd. 4, S. 51 ſagt: Ein Rechtshandel über Mein und Dein erbittert die Parteien nicht weniger gegen einander, als ein Krieg. Ja wohl noch mehr; denn er iſt ein Bürgerkrieg, ein bellum civile. Die altteutſche Rechtsſprache nennt auch einen Rechtshandel einen Krieg Rechtens.

8) v. Savigny ſetzt mit Recht bei dem Grundbegriffe der juriſtiſchen Auslegung eine freie Geiſtesthätigkeit voraus. Syſtem des heutigen röm. Rechtes Bd. 1, S. 210.

Selbſthilfe zugeſtanden würde, ſo wäre alle Sicherheit der Perſon dahin[9]). Durch Kränkungen dieſer Art wird der Menſch in der Regel noch weit mehr aufgebracht, als wenn es ſich um vergängliche Güter handelt. Denn durch die Erregung von körperlichem Schmerz oder Unbehagen[10]) wird der Unwille und das Rachegefühl auf das ſtärkſte angeregt. Es iſt daher in ſolchen Fällen immer zu beſorgen, daß augenblicklich Gewalt gegen Gewalt geſetzt werde, und ließe man dieſes irgend zu, ſo würde dadurch unfehlbar der rohe Naturzuſtand, die Barbarei der Wilden wieder herbeigeführt.

Alſo auch für perſönliche Kränkungen muß eine vermittelnde Perſon da ſein, welche hier aber nicht mehr blos im Intereſſe des Einzelnen, der gerade beleidigt wurde, ſondern im Intereſſe der Geſammtheit[11]), die bei jedem Verbrechen zu beſorgen hat, daß der Uebelthäter in ſeiner Frechheit weiter um ſich greifen möchte, die Wahrheit zu unterſuchen und die gebührende Strafe zu erkennen hat.

Dadurch iſt nun aber erſt das Bedürfniß richterlicher Perſonen begründet[12]), und man ſteht noch auf dem Boden des Naturrechtes. Um dieſe Idee zur That werden zu laſſen, bedarf es daher einer weiteren Unterſuchung über die Fragen:

1) In weſſen Händen beruht das Recht und die Pflicht[13]), Gerichte zu beſtellen und zu beſetzen?

2) Welcher von mehreren Richtern iſt im einzelnen Falle der zur Verhandlung und Entſcheidung berufene?

Die erſte Frage umfaßt die Lehre von der Gerichtsbarkeit (iurisdictio), die zweite die Lehre von dem Gerichtsſtande oder der Zuſtändigkeit (forum et competentia).

Was die Gerichtsbarkeit anbelangt, ſo führt uns wohl die Geſchichte des Menſchengeſchlechtes unwiderſprechlich auf die Entſtehung durch die Wahl eines Oberhauptes des Landes[14]). Man denke ſich darunter nicht

---

9) Darum fand man auch nothwendig, die Selbſthilfe ausdrücklich zu verbieten. Vgl. L. 176. pr. D. de reg. iur. (50. 17.) L. 13. D. quod met. causa. (4. 2.) L. 7. 8. D. ad L. Jul. de vi privata. (48. 7.) L. 6. §. 2. D. de re iudic. (42. 1.) L. 1. C. soluto matr. (5. 18.) Nov. 60. c. 1. — Ferner die deutſchen Landfrieden von 1495 u. ſ. w.

10) Vermöge des im großen Haufen vorherrſchenden Senſualismus und Materialismus werden die körperlichen Antriebe in der Regel viel ſtärker ſein, als geiſtige.

11) Wenn der Staat ſtraft, ſo übt er an dem Verbrecher nur einen nothwendigen Act der Gerechtigkeit aus, den er ſich ſelbſt und den übrigen Staatsbürgern ſchuldig iſt, — ſo faßt die Sache auf Marezoll, das teutſche Criminalrecht (Leipzig 1841), S. 11.

12) Landfrieden v. 1495, §. 1. Landfr. v. 1522, pr. und Tit. 8. R.-A. v. 1548, §. 37. Landfr. v. 1548, §. 2. Wahlcap. Art. 16, §. 1.

13) Martin, Lehrb. des bürgerl. Prozeſſes, 12. Ausg., §. 17, ſagt: Die teutſchen Gerichte waren und ſind ſchuldig, jedem Rechtshilfe Suchenden, ohne weiteren Unterſchied, rechtliches Gehör zu geſtatten.

14) Die Theorie von Martin, a. a. O. §. 9, 41, daß die Gerichte lediglich als Staatsanſtalten zu betrachten ſeien, ſcheint nicht ganz dem

gleich einen König oder Fürſten, ſondern eher einen Häuptling oder Kriegs- und Friedensherrn. Es iſt Nichts natürlicher, als daß ein Mann, der ſich durch vorragende geiſtige oder körperliche Kraft an die Spitze einer Horde oder Staatsgeſellſchaft geſchwungen hat, alsbald auch angerufen wird, die Streitigkeiten, welche ſich im Schooße der großen Familie ergeben, zu ſchlichten[15]). Anfänglich wird dieß zwar immer nur ein Machtſpruch[16]) ſein, ohne andere Gründe, als die Eingebung eines blinden Gefühles, eines Inſtinctes[17]); aber nicht lange kann es dauern, ſo erwächſt das Bedürfniß von Geſetzen, nach welchen die Wahrheit aufgeſucht und das Recht gefunden wird (Prozeßrecht und Civil- und Criminalrecht). Der Regent wird dieſe Geſetze zunächſt auf den bisherigen Gebrauch[18]), dann aber auch auf beſſere Einſicht und den Rath der Sachverſtändigen bauen. So wie Geſetze da ſind, ändert ſich der Zuſtand der Rechtspflege von ſelbſt; während früher niemand Anderes, als das Staatsoberhaupt, ein Erkenntniß geben konnte, weil deſſen Wille, ja augenblickliche Laune, der einzige Maßſtab der Entſcheidung war; ſo iſt nun jeder rechtſchaffene Mann urtheilsfähig, indem das traditionelle[19]) oder geſchriebene Recht die nöthigen Fingerzeige gibt; es können nun Viele mit der richterlichen Gewalt bekleidet ſein, weil ſie Alle ein Mittel beſitzen, nach dem kundgegebenen Willen des Regenten zu verfahren. So wie ſich die Staatsgeſellſchaft erweitert und ſo wie die Civiliſation feſtere Wurzeln ſchlägt, wird auch eine ſolche Aenderung der Dinge unvermeidlich; denn es kann ein Einzelner nicht mehr auf die ſich täglich mehrenden Klagen und Anklagen Beſcheid geben, theils weil die Entfernungen, wo die Unterſuchung zu pflegen iſt, zu groß werden, theils weil es an der nöthigen Zeit gebricht[20]).

Weſen der Sache zu entſprechen. Allerdings ſind die Gerichte nothwendige Beſtandtheile des Staatsorganismus; aber man darf beim Organismus nie die bewegende Kraft, die Seele, vergeſſen, und dieſe iſt hier der Regent und das durch ihn ſanctionirte Geſetz. — Ohne Regierung läßt ſich kein Staat und kein Gericht denken. Selbſt die franz. Charte constit. de 1830 ſpricht ſich ſo aus: toute justice émane du Roi. Elle s'administre en son nom par des juges, qu'il nomme et qu'il institue.

15) Meyer, esprit, origine et progrès des institutions judiciaires. (Paris 1823.) T. I. p. 264.

16) Montesquieu, esprit des lois. Liv. VI. Chap. 7., erklärt ſogar unbedingt: un magistrat unique ne peut avoir lieu que dans le gouvernement despotique.

17) Ungefähr wie die Geſchwornen Criminalſachen und die Schiedsmänner Civilſachen aburtheilen. Vgl. Gutachten der preußiſchen Immediatjuſtizcommiſſion über das Geſchwornengericht (1819), S. 217.

18) v. Savigny, Syſtem des heutigen röm. Rechtes Bd. 1, S. 35.

19) Das Recht, welches in dem gemeinſamen Bewußtſein des Volkes ſeine Grundlage hat. v. Savigny a. a. O.

20) Außerdem wird ſich aber auch das Verlangen nach einer prompten und unabhängigen Juſtiz immer lauter geltend machen, ſo daß zuletzt der Regent, der ſie ſelbſt und unmittelbar ausüben wollte, eine unerträgliche Laſt darin erkennen müßte, zumal da er, aus Unkenntniß der Perſonal- und Localverhältniſſe, unfehlbar viele Verſtöße gegen das materielle Recht begehen müßte. — Les

Faßt man dieſes urſprüngliche Verhältniß recht klar ins Auge, ſo ſcheint es gar nicht mehr zweifelhaft zu ſein, daß die Rechtſprechung überall nur aus Auftrag des Regenten[21]) geſchehen, oder, mit anderen Worten, die Gerichtsbarkeit nur in ſeinem Namen[22]) ausgeübt werden kann. Die herrſchende Familie iſt es, welcher urſprünglich das Vertrauen geſchenkt wurde, und wem ein Recht zugeſtanden iſt, der kann es auch auf Andere wieder übertragen[23]). Der Regent ertheilt daher auch den Perſonen, die er für befähigt hält, das Mandat zur Ausübung der ihm zuſtehenden Gerichtsbarkeit. In der That läßt ſich auch die nothwendige Einheit und Gliederung des Juſtizweſens gar nicht denken, wenn nicht alle Gerichtsbarkeit in höchſter Inſtanz als von einem Individuum ausgehend betrachtet wird. Wer ſollte die Gerichtsbezirke beſtimmen und die Richter ernennen[24]), wenn es nicht der Souverän thut? Will man auch zwiſchen Regierung und Verwaltung in conſtitutionellen Staaten unterſcheiden, ſo iſt gleichwohl noch nirgends der Verſuch gemacht worden, der erſteren, d. h. der Krone, das Recht der Anſtellung und Beförderung der Richter ſtreitig zu machen. Selbſt in Republiken wird dieſes Recht von den Centralbehörden exercirt, welche an der Stelle des Souveräns ſtehen.

Demgemäß wird die Juſtiz allenthalben durch Perſonen verwaltet, welche nicht auf eigene Hand verfahren dürfen, ſondern blos eine delegirte Gewalt haben und ihrem oberſten Gerichtsherrn ſtets verantwortlich bleiben, auch auf Verlangen demſelben oder ſeinen Miniſterien über ihr Verfahren[25]) Rechenſchaft ablegen müſſen. Hierin muß jedoch wie-

---

jugemens rendus par le prince seroient une source intarissable d'injustices et d'abus. Montesquieu, esprit des lois. Liv. VI. Chap. 5. — Sehr merkwürdig iſt in dieſer Beziehung auch die Adreſſe der franzöſiſchen Generalſtaaten vom J. 1484, mitgetheilt von Brewer, Geſchichte der franz. Gerichtsverf. (Düſſeldorf 1835), Bd. 1, S. 623.

21) Wo Staatsverträge und Verfaſſungsgeſetze die Sache anders geſtalten, da kann natürlich dieſer Grundſatz keine Geltung mehr haben; aber als hiſtoriſch iſt er wohl überall anzuſehen. Vgl. übrigens Zöpfl, Grundſätze des Staatrechtes (Heidelb. 1841), §. 67.

22) In Bayern fangen auch alle Urtheile an: Im Namen Sr. Majeſtät des Königs u. ſ. w.

23) Bei Alciati iudiciarii processus comp. (Colon. 1566.) p. 32. heißt es: delegatus est iudex, qui ex superioris commissione recipit iurisdictionem; vices delegantis repraesentat et in iurisdictione nihil proprii habet.

24) Die Vorſchläge müſſen, unter Benennung der Candidaten, freilich von den Miniſtern gemacht werden; aber die Wahl und Beſtätigung, mithin auch die Verwerfung, ſteht dem Regenten überall zu. Er würde auch aufhören zu regieren, wenn er dieß Recht nicht mehr hätte. Schon um der Verkäuflichkeit der Stellen vorzubeugen, dürfen die Miniſter darin nie freie Hand haben. Ein Beiſpiel, wie es in dieſer Beziehung in Altfrankreich herging, ſ. bei Brewer, Geſch. der franz. Gerichtsverf. Bd. 1, S. 620 flg.

25) Dafür ſind als Aufſichtsbehörden die Juſtizminiſterien beſtellt, welche aber nur den Geſchäftsgang überwachen und auf wahrgenommene Mängel aufmerkſam machen dürfen, auch etwaige Lücken auf dem Wege der Geſetzgebung zu ergänzen ſuchen müſſen. In das Materielle der Rechtshändel dür-

der eine Grenze, welche gegen Willkür ſchützt, geſucht werden. Das Geſetz geht vom Herrſcher aus und man muß ihm hierin, ſo lange er abſolut iſt, ſogar freie Willkür zugeſtehen, welche durch Nichts als durch edle Geſinnung und Begeiſterung für das Volkswohl gezügelt wird; aber damit iſt auch das Bereich der Willkür abgeſchloſſen[26]), und ein Fortwirken derſelben in die praktiſche Anwendung, in den Vollzug der Geſetze, kann nicht anders, als in der Despotie und Tyrannei gedacht werden[27]); denn ſo wie die Staatsbürger auf das einmal gegebene Geſetz, es mag gut oder ſchlecht ſein, ſich nicht mehr verlaſſen können, ſo hört auch aller Rechtszuſtand auf.

Daher kommt die Idee der Unabhängigkeit und Unabſetzbarkeit[28]) der Richter, welche jetzt ſo weit ausgebildet iſt, daß die Regierung die angeſtellten Richter, alſo ihre eigenen Diener, nicht anders entfernen kann, als auf den Grund einer Unterſuchung und eines Urtheiles von Seiten des Gerichtshofes, welchem dieſelben untergeben ſind; es muß alſo eine grobe Pflichtverletzung, d. h. eine ſolche, worauf die Caſſation als Strafe[29]) gedroht iſt, nachgewieſen werden.

Die Art und Weiſe, wie das Geſetz ausgelegt und angewendet wird, iſt alſo dem jeweiligen Richter und ſeinem Gewiſſen lediglich anheim gegeben und dafür, daß Fehler und Verſtöße, ja Ungerechtigkeiten, wieder gut gemacht werden können, iſt der Inſtanzenzug[30]) eingeführt, unter welchem eine Reihenfolge von urtheilenden Gerichten in der Rangordnung zu verſtehen iſt, daß das höhere den Spruch des niederen, auf Verlangen der ſich beſchwert fühlenden Partei, zu prüfen und entweder zu beſtätigen oder zu verbeſſern hat[31]). Das Untergericht muß

---

fen ſie ſich nicht einmiſchen. Vgl. Brewer a. a. O. Th. 1, S. 666. Mittermaier, das teutſche Strafverf. Th. 2, S. 455. Ueber Juſtizeingriffe ſ. Schick, über das reichsſtändiſche Inſtanzenrecht, und insbeſondere von ſogen. Cabinetsjuſtiz (Gießen 1802), und Hepp, Darſtellung der Verfolgungen des Berner Oberhofgerichtes und der damit zuſammenhängenden Cabinetsjuſtiz. Tübingen 1834.

26) Findet der Regent, daß durch die Anwendung des gegebenen Geſetzes eine unverhältnißmäßige Härte oder Milde herauskomme, ſo kann er es auf verfaſſungsmäßigem Wege wohl außer Kraft ſetzen, aber niemals mit Rückwirkung auf die ſchon abgeurtheilten Fälle.

27) Ein ſehr denkwürdiges Beiſpiel von König Ludwig XIII. erzählt Montesquieu in ſeinem Esprit des lois. Liv. VI. Chap. 5.

28) Die franzöſiſche Verfaſſung verſteht darunter noch mehr, als das teutſche Staatsrecht, nämlich auch die Nichtverſetzbarkeit, von der Anſicht ausgehend, daß ein Richter, der ſich der Regierung in der Judicatur gewiſſer Dinge nicht fügen will, durch die Drohung der Verweiſung in eine ihm widerwärtige Gegend gebeugt werden könnte. Charte constitutionelle de 1830. art. 49.: Les juges nommés par le Roi sont inamovibles.

29) Die neueren Geſetze unterſcheiden Dienſtentlaſſung und Dienſtentſetzung, z. B. braunſchweig. Criminalgeſetzb. §. 249. In den Folgen für den Dienſt ſind jedoch beide Strafen gleich.

30) v. Drais, Geſchichte der badiſchen Gerichtshöfe (Mannheim 1821), S. 24.

31) Von dem früher den Kurfürſten in der goldenen Bulle zugeſtandenen privilegium de non appellando ſ. Schick a. a. O. §. 24—27.

alsdann den Ausſpruch des Obergerichtes unbedingt reſpectiren. Man hat in den civiliſirten Ländern theils zwei, theils und zwar in der Regel drei Inſtanzen hergeſtellt, und es iſt noch immer viel Streit darüber, welche Einrichtung vortheilhafter ſei. Da, wo zwei Inſtanzen beſtehen, iſt noch ein Juſtizhof übrig, welcher blos als Wächter des Geſetzes[32]), und namentlich der richtigen Interpretation und der Formen, daſteht und welcher Caſſationshof[33]) heißt, weil er angerufen wird, um ein Erkenntniß wegen Verletzung des Buchſtabens des Geſetzes aufzuheben und die abermalige Verhandlung und Entſcheidung an ein anderes Tribunal zu verweiſen. Zwei Inſtanzen, die über das Materielle des Rechtsſtreites erkennen, dürften wohl überall als genügend anzuſehen ſein[34]), indem durch die Beleuchtung einer Sache von zwei Seiten immer die nöthige Gründlichkeit verbürgt iſt und eine weitere Erörterung[35]), wenn ſie auch mitunter zu einem anderen Reſultate führen ſollte, deßwegen doch noch keine Gewißheit gibt, daß die früher ausgeſprochenen Rechtsanſichten unrichtig ſeien; denn es muß ſelbſt der Juriſt zugeſtehen, daß das Gewinnen und Verlieren eines Prozeſſes, beſonders bei verwickelten Fragen, einem Zufalle nicht gar unähnlich ſei[36]); und warum nun dieſe Zufälligkeit vermehren, warum die Prozeſſe unerträglich in die Länge ziehen? Die beabſichtigte Rechtsgewähr wird dadurch vielleicht nicht ſelten in Rechtsunſicherheit verkehrt, und es trifft das Sprichwort zu: daß das Beſſern der Feind des Guten ſei[37]).

Wenn ſolchergeſtalt eine unabhängige Rechtspflege geſichert iſt, ſo bleibt nur noch die, vorhin ſchon berührte, Aufſicht der Regierung über die Rechtsverwaltung übrig, welche jedoch weit entfernt iſt von

---

32) Zentner, Andeutungen über die Einführung einer auf Collegialität gebauten Gerichtsverfaſſung (Mannheim 1839), §. 9, 10 und 30.

33) Dieſe Einrichtung hat mit ſeltener Gründlichkeit hiſtoriſch beleuchtet: Brewer, Geſch. der franzöſ. Gerichtsverf. (Düſſeldorf 1837), Th. 2, S. 886 flg. Sie rührt hiernach aus dem Ende des 16. Jahrhunderts her, und es ward damals dem königlichen Staatsrathe das Caſſationsrecht eingeräumt. —

34) Zumal wenn die erſten zwei Gerichte conform geurtheilt haben.

35) Das früher angewandte Abſchreckungsmittel der ſogen. Succumbenzgelder (poenae temere litigantium) hat mit Recht Zachariä, 40 Bücher vom Staate (Heidelberg 1840), Bd. 4, S. 53, als einen unſtatthaften Eingriff in das Gewiſſen der Parteien verworfen. Inzwiſchen würde doch für den Rechtsfrieden und die Abkürzung der Streitigkeiten viel gewonnen, wenn die Oberappellationshöfe in Teutſchland abgeſchafft und in Caſſationsgerichte umgewandelt würden. Freilich läßt ſich hieran nichts ändern, ſo lange die Bundesacte (Art. 12) beſteht, welche darin auf die alte Reichsverfaſſung geſtützt iſt.

36) In manchen Ländern ſucht man dadurch zu helfen, daß die Ausſprüche des oberſten Juſtizhofes als Präjudicien angeſehen und in nachfolgenden Fällen zur Entſcheidungsnorm dienen, wie z. B. in Württemberg und zum Theil in Sachſen; aber dagegen läßt ſich doch auch Vieles erinnern, namentlich, daß die Entwickelung und Fortbildung des Rechtes gehemmt wird.

37) Wer abſolut 3 Inſtanzen verlangt, den könnte man fragen, warum er nicht lieber 4 oder 5 wolle. Vgl. v. Almendingen, Metaphyſik des Civilproz. (Gießen 1808), S. 126.

Willkür und ſogen. Cabinetsjuſtiz. Die Aufſicht beſteht nämlich darin, daß der Geſchäftsgang der Gerichte, überhaupt ihre Organiſation und Hierarchie, von der oberen Staatsbehörde vorgezeichnet und überwacht wird. Dazu gehört auch die Anordnung der perſönlichen Verhältniſſe und die disciplinariſche Beobachtung der Richter.

Bisher war nur von der Gerichtsbarkeit als Ausfluß der Souveränetät die Rede, es muß aber noch von einer anomaliſchen Inſtitution, nämlich von der Patrimonialgerichtsbarkeit[38]) Erwähnung geſchehen. Darunter iſt eine Jurisdiction zu verſtehen, welche einer gewiſſen Familie erblich zugehört, oder einem gewiſſen Grundbeſitze anklebt, woraus auch der Name ſich erklärt, indem das Recht zu dem Patrimonium oder Erbgute des Inhabers gehört.

Ueber die Entſtehung dieſer Abart ſchwebt die Rechtsgeſchichte noch im Dunkeln. Man weiß zwar wohl, daß einzelne Gutsherrn und Familien von den Kaiſern oder Landesherren mit der Gerichtsbarkeit beliehen wurden, und in ſolchen Fällen iſt nichts Anderes, als ein veräußertes Kronrecht[39]), wie ja dieſes in früheren Jahrhunderten oft vorkam, darin zu erkennen, und es iſt zugleich auf förmlichen Rechtstitel baſirt. Aber ſelbſt unter dieſer Vorausſetzung kann man die Patrimonialgerichtsbarkeit keineswegs vertheidigen. Die Haupteinwendung bleibt immer die, daß der Gerichtsherr nothwendig oft in die Lage kommen muß, in eigener[40]) Sache, ja in rein perſönlichen Angelegenheiten, ſich ſelbſt Recht zu nehmen[41]), wobei jener Grundſatz der Unparteilichkeit unmöglich beſtehen kann; denn das Verhältniß iſt zu klein, als daß die angeſtellten Richter nicht mindeſtens eine unbewußte Neigung hätten, zu Gunſten deſſen, der ihnen Rang und Brot ſchafft, zu erkennen.

Wo heutzutage dieſe Anomalie noch beſteht, hat man freilich dadurch zu helfen geſucht, daß man die Patrimonialrichter gerade ebenſo, wie die unmittelbar landesherrlichen, unter ſtrenge Aufſicht der Mittel- und Oberbehörden[42]) ſtellte und überhaupt anwies, ihr Verfahren und ihre Recht-

---

38) S. hierüber beſonders: Geſchichte der ſtändiſchen Gerichtsbarkeit in Bayern 2 Bde. (Peſth 1791, Leipzig 1793); Holler, Geſchichte der teutſchen Patrimonialgerichtsbarkeit (Landshut 1804), und Falck, die Gerichtsverfaſſung der Herzogthümer Schleswig und Holſtein (Altona 1835), S. 132—153. Staatslexikon von Rotteck und Welcker Bd. 12, S. 379 flg.

39) Falck, a. a. O. S. 133, ſagt: daß alle Gerichtsherrlichkeit urſprünglich dem Regenten zuſtändig geweſen, und inſofern ſie von Anderen, Individuen oder Corporationen, beſeſſen und ausgeübt wurde, nur als ein abgeleitetes Recht zu betrachten und von dem Regenten auf ſie durch Privilegien, allenfalls auch durch Uſurpation und Herkommen übergegangen iſt, kann jetzt wohl als die allgemein angenommene Meinung betrachtet werden, die ſich denn auch hiſtoriſch vollkommen rechtfertigen läßt. Vgl. jedoch Holler a. a. O. §. 3—14.

40) Schon das alemanniſche Landrecht verordnete (Cap. 9): Niemand mag geſprechen, daß ein Gericht ſein aigen ſei.

41) Holler a. a. O. S. 197 und v. Chlingensperg, ius hofmarchiale. Cap. 25. S. auch Falck a. a. O. S. 143.

42) Hartleben, Geſchäftslexikon (Leipzig 1824), Bd. 1, S. 593.

ſprechung lediglich nach den allgemeinen Vorſchriften und Geſetzen[43]) einzurichten. Damit iſt jedoch nicht mehr erreicht, als daß ein mangelhaftes Inſtitut der Mängel weniger hat, und im tiefſten Grunde mangelhaft bleibt es immer[43a]), nicht blos wegen der Abhängigkeit der Richter, ſondern hauptſächlich auch wegen der Rückſichtsloſigkeit in Bezug auf das allgemeine Wohl[44]), womit gewöhnlich die kleinen Gerichtsherren bei der Anſtellung zu Werke gehen. Iſt dieſes Recht auch da und dort durch die erforderliche Präſentation einigermaßen beſchränkt, ſo muß man wiſſen, daß nur ein Beſtehen der Staatsprüfung und ſonſtige, meiſt negative, Eigenſchaften dazu gehören, welche auch viele mittelmäßige Subjecte nothdürftig aufweiſen können, ſo daß die perſönliche Gunſt und die Rückſicht auf geſellige Tugenden leicht tiefer in die Wagſchale fallen kann, als eigentliche Auszeichnung. Und ſo bildet ſich in den Patrimonialbezirken gewöhnlich ein Aſyl für ſchwache Juriſten, welche die Concurrenz im Großen nicht beſtehen können und hier auch ſchwerlich je einen Richteramtspoſten erlangt hätten.

Mögen auch viele ehrenwerthe Ausnahmen in dieſem Betracht, beſonders in neuerer Zeit, wo die Wiſſenſchaftlichkeit allgemeiner geworden iſt, vorhanden ſein[45]), ſo ſcheint es doch Pflicht Aller, denen das Wohl des Vaterlandes am Herzen liegt, darauf hinzuwirken, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit, ſei es auch durch Zahlung großer Abfindungsſummen, allmälig ganz aus unſeren Gauen verbannt werde.

Nachdem das Gerichtsweſen im allgemeinen vorgeführt iſt, ſoll nun, in gehöriger Sonderung, von der Gerichtsbarkeit und den Gerichtsſtänden, zuerſt in Bezug auf das Civilrecht, dann in Bezug auf das Criminalrecht, gehandelt werden.

I. Die Civilgerichtsbarkeit zerfällt in die freiwillige und gezwungene oder executive Gerichtsbarkeit[46]).

A. Die freiwillige (auch willkürliche oder außergerichtliche) Rechtspflege iſt jedenfalls von nicht geringerer Wichtigkeit, als die gezwungene, und es mag im Ganzen wohl eben ſo viel Geſchäftsmaſſe in das Gebiet

---

43) Wenn es übrigens den Regierungen ernſtlich darum zu thun wäre, ſo möchten ſie wohl die meiſten Patrimonialrechte käuflich erhalten können und die Mittel dazu würden die Unterthanen ohne Zweifel gern verwilligen, weil ſie unberechenbare Vortheile dadurch erlangen. Vgl. Holler a. a. O. §. 80—91.

43a) Teutſche Bundesacte Art. 14.

44) Politiſch genommen iſt wohl das Allerſchlimmſte, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit gleich einem Hemmſchuh an dem Triebrade der Zeit hängt und alle Verbeſſerungen in der Landesgeſetzgebung entweder ganz vereitelt oder doch verkümmert. S. Staatslexikon s. v. Patrimonialgericht Bd. 12, S. 383 flg., woraus ſich ergibt, wie verſchieden ſich die Untergerichtsbarkeit in Folge des Einfluſſes dieſer Patrimonialgerechtſame in Teutſchland geſtaltet hat.

45) Beſonders in Sachſen ſind die Patrimonialgerichte verhältnißmäßig gut beſtellt. Staatslexikon a. a. O. S. 384.

46) Claproth, Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß, 4. Aufl., §. 20.

jener, wie dieſer fallen. Gerade der Grund, warum die Juriſten gemeiniglich etwas vornehm auf Extrajudicialverhandlungen herabſehen 47), nämlich daß dabei nicht contravertirt und ſelten eine Rechtsfrage auf die Spitze getrieben wird, dürfte eher einen Vorzug begründen; denn da, wo die Menſchen mit friedlichem Vertrauen ihr bürgerliches Wohl in die Hände eines Beamten niederlegen, verdienen ſie doch wohl in doppeltem Maße Garantien 48) gegen jede Beeinträchtigung.

Die freiwillige Gerichtsbarkeit wird durch examinirte und recipirte Notariatsperſonen, welche aber nicht überall den Namen Notare 49) haben, ausgeübt 50). Der richtigſte Grundſatz iſt wohl der, daß ſie ungefähr wie die Advocaten geſtellt werden, ſo daß die Anſichten des Publicums über Charakter und Geſchicklichkeit entſcheiden, welchem Notar die meiſten Arbeiten zufallen. Es iſt dabei wohl im Auge zu halten, daß faſt regelmäßig Familiengeheimniſſe vor dem Notar zur Sprache kommen. Wer kann es aber gern ſehen, daß ſolche einem Menſchen bekannt werden, den man vielleicht für unzuverläſſig hält? Wem kann man ferner auch zumuthen, zweifelhafte Rechtspunkte, von denen vielleicht die ganze äußere Exiſtenz abhängt, in unbewährte Hände hinzugeben?

Eine andere Frage iſt es, ob man die Notare ohne unmittelbare Controle arbeiten laſſen ſolle. Faſt überall iſt die Frage factiſch verneint 51). Ein Hauptmoment ſcheint aber dabei überſehen zu ſein, daß nämlich in dieſem Bereiche keine Appellation ſtattfindet, und mithin durch Irrthum oder Voreingenommenheit mannigfaches Unrecht angerichtet werden kann, wogegen dann der Beſchädigte kein anderes Mittel übrig hat, als einen Prozeß zu beginnen. Eine Controle dieſer Art kann theils

---

47) Einen Vertrag oder ein Teſtament ſo aufzunehmen, daß kein Prozeß über die Auslegung entſtehen kann, iſt ohne Zweifel eine größere Kunſt, als einen Prozeß über eine ſolche Urkunde zu entſcheiden. In dieſem Sinne iſt es zu nehmen, wenn die Notare in der kaiſerl. Notariatsordn. §. 15 Diener des gemeinen Nutzens genannt werden.

48) Allerdings iſt es nur die Form, für welche der Notar verantwortlich iſt, allein es iſt doch auch ſeine Pflicht, die Betheiligten auf die zweckmäßigſten Stipulationen aufmerkſam zu machen. In Frankreich ſind die gegen leichtſinnige Notare gedrohten Strafen wohl am empfindlichſten.

49) Bei den Römern tabelliones. Heineccii elem. iur. civ. §. 599.

50) Dieſe Einrichtung iſt in Teutſchland ſehr verſchieden. Theils beſtehen, wie in Preußen, wirkliche Notare, theils heißen ſie Amtsſchreiber, Theilungscommiſſäre u. ſ. w., theils iſt auch ihr Geſchäft noch in Händen der Beamten erſter Inſtanz, wie z. B. in Bayern, wo denn für Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit beſondere Gerichtscommiſſionen ernannt werden. Vgl. Hartleben, Geſchäftslexikon Bd. 1, S. 391, und Mittermaier, der gem. teutſche Prozeß im Vergl. mit dem preuß. und franz. Beitr. 2, §. 2.

51) Es kann keine eigentliche Controle genannt werden, wenn in Frankreich und den teutſchen Rheinprovinzen die Notare dem Staatsprocurator in der Art untergeben ſind, daß bei ihm Beſchwerden gegen ſie erhoben werden können, und daß er ihren Dienſt jederzeit viſitiren darf. Das Hiſtoriſche ſ. bei Brewer, Geſch. der franz. Gerichtsverf. Th. 1, S. 406—416.

regelmäßig, theils auf einzelne Fälle beſchränkt ſein; die erſtere Einrichtung ſetzt eine beſondere Behörde[52]) voraus, welcher alle dieſe Geſchäfte zur Reviſion und Notaminirung vorgelegt werden; die zweite aber unterſtellt es dem Ermeſſen einer Juſtizbehörde, von den Notaren je zuweilen einen Act einzufordern und zu prüfen. Die letztere Einrichtung ſcheint die zweckmäßigſte zu ſein, weil ſie weder zu viel noch zu wenig ſtatuirt.

Die Gegenſtände, welche der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliegen, ſind überhaupt alle gütlichen Vereinbarungen über Rechtsverhältniſſe jeder Art, wovon blos die gerichtlichen Vergleiche ausgenommen ſind, weil dieſelben zur Erledigung eines anhängig gemachten Prozeſſes gehören[53]). Es werden daher von den Notaren hauptſächlich Verträge und Theilungen, einſchließlich der Erbauseinanderſetzungen, vorgenommen, und das Weſentliche iſt dabei immer, daß alle Perſonen, welche die Sache berührt, d. h. welche aus dem Acte Rechte oder Verbindlichkeiten erwerben ſollen, dabei anweſend ſind, und ihre Genehmigung durch Unterſchrift ausſprechen, und außerdem auch Zeugen[54]), die die Richtigkeit des Vorganges mit beurkunden. Ueberhaupt muß ein jeder Notariatsact den Erforderniſſen einer öffentlichen Urkunde entſprechen, weil der Grund der ganzen Einrichtung nur der iſt, den Staatsbürgern Beamte zur Seite zu ſtellen, deren Hilfe ſie ſich bedienen können, um Verhandlungen, die ſie vielleicht eben ſowohl ſelbſt niederſchreiben könnten, in einer ſicheren geſetzlichen Form[55]) aufnehmen zu laſſen, damit nicht ſowohl unter den Intereſſenten ein vollkommen klares

52) Dieſe Behörde beſteht in Baden unter dem Namen Amtsreviſorat, d. h. es iſt eine Stelle, bei der alle Extrajudicialacte, die im Bezirke eines Amtes oder Untergerichtes vorkommen, revidirt werden müſſen. Die Geſchäftsfertiger, früher Theilungscommiſſäre, jetzt Diſtrictsnotare genannt, haben daher jeden Act, ſo wie er abgeſchloſſen iſt, dieſer ihnen zugleich dienſtpolizeilich vorgeſetzten Behörde vorzulegen und die etwaigen Ausſtellungen zu vernehmen und zu beantworten. Nach der neueren Einrichtung ſind die alſo erfolgenden Bemerkungen nur noch als einfache Anſichten zu betrachten, welche die Notare, wenn ſie dadurch nicht eines Anderen überzeugt werden, nicht gerade befolgen müſſen, und welche auch den Betheiligten, wenn ſie in eine Veränderung des Actes nicht willigen, nicht aufgedrungen werden können. Bloß in Angelegenheiten Minderjähriger oder ihnen gleichgeſtellter Perſonen kann der Amtsreviſor förmliche Weiſungen ertheilen. Vgl. Verordn. v. 25. Nov. 1841 und v. 4. Jan. 1842.

53) So war auch in der kaiſerlichen Notariatsordnung von 1512 der Geſchäftskreis abgegrenzt. Martin, Lehrb. des bürgerl. Proz., 12. Ausg., §. 79.

54) Die Anzahl der zu adhibirenden Zeugen iſt überall verſchieden, je nach der Natur des Rechtsgeſchäftes. — Teſtamente, als die der Täuſchung am meiſten unterworfenen Urkunden, erfordern die meiſten Zeugen. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. 1, §. 103.

55) Außerdem wird auch eine gewiſſe Erfahrung und Sicherheit in der Geſchäftsbehandlung deßhalb nöthig, weil dabei oft wieder andere Urkunden vorkommen, deren Giltigkeit zu prüfen iſt und weil namentlich viele Berechnungen nothwendig werden, die nicht ohne beſondere Manipulationen ins Klare geſetzt werden können, wie z. B. bei Erbtheilungen und Vormundſchaftsabrechnungen.

Bewuſstſein über Das, was ſie wollen, eintrete, ſondern auch, im Falle einer ſich ergebenden Meinungsverſchiedenheit, eine feſte Grundlage zur gerichtlichen Erörterung, d. h. zum Rechtsſtreite vorhanden ſei.

B. Von der gezwungenen Gerichtsbarkeit ſcheiden ſich wieder als uneigentliche Arten aus: das Schiedsgericht und das prorogirte Gericht[56]). Beide bilden ein Mittelglied zwiſchen der freiwilligen und executiven Gerichtsbarkeit, weßhalb ſie auch wohl an dieſer Stelle am ſchicklichſten eingeführt werden.

Das ſchiedsrichterliche Verfahren hat das Eigenthümliche, daß ein beliebiger Mann[57]) (bonus vir), je nach Uebereinkunft der Streitenden, gewählt werden kann, welcher nach einer geſetzlich beſtimmten oder von den Parteien vorgezeichneten Methode die Verhandlung pflegt, dann aber nach dem Landrechte eine Entſcheidung gibt. Es kann giltiger Weiſe ein jeder Staatsbürger, der zum Richteramte fähig, nicht anrüchig und nicht mehr minderjährig iſt, dazu angegangen werden[58]). Daß er rechtsverſtändig ſei, wird nicht unbedingt erfordert, doch muß er im verneinenden Falle Juriſten um ein Gutachten erſuchen und ſich beim Urtheile nach dieſem richten.

Der Vertrag, durch welchen ein ſolches Ausnahmsverfahren hergeſtellt wird, heißt in der Rechtsſprache ein Compromiß[59]), und das Schiedsgericht mithin auch wohl Compromißgericht.

Was die Rechtsbeſtändigkeit der Schiedsſprüche anbelangt, ſo beruht es ebenfalls auf dem Vertragsrechte, daß dieſelben den Urtheilen der ordentlichen Gerichte völlig gleich ſtehen; denn ein Vertrag gilt bekanntlich wie ein Geſetz, d. h. er iſt ein unter gewiſſen Perſonen vereinbartes Specialgeſetz, und wenn daher die Grundlage des Schiedsſpruches die

---

56) Letzteres wird zwar faſt in allen Büchern über Prozeß mit den gemeinen Gerichtsſtänden zuſammengeworfen; aber wohl mit Unrecht, indem es kein gezwungenes Erſcheinen des Beklagten mehr iſt, wenn er ein Forum erwählt hat, von dem er gerichtet ſein will. Den Gerichtszwang bedingt alſo nicht ſeine Untergebenheit, ſondern ſeine Selbſtunterwerfung. Thibaut, Syſtem des Pandektenrechtes Bd. 3, §. 1085, der wohl der Einzige, der das forum praev. als Gegenſatz des geſetzlichen Gerichtsſtandes auffaßte.

57) Alciatus, in iudic. proc. comp. (Colon. 1566.) fol. 32. 33., unterſcheidet 3 Arten von Schiedsrichter: 1) qui de partium consensu eligitur et in quem sub poenae stipulatione compromittitur. debet hic arbiter sequi iuris rigorem, aequitatem scriptam, cum talia arbitria redacta sint ad instar iudiciorum. 2) Arbiter iuris, qui eligitur a partibus in recusatione iudicis ordinarii vel delegati. Debent hi servare formam iuris, et ab eis poterit appellari. 3) Arbitrator, coram quo non proceditur ordine iudiciario, cuius sententiae, si partes non consentiant, reducunt se ad arbitrium boni viri. Vgl. Thibaut, Pandektenſyſtem §. 155.

58) L. 9. §. 1. de receptis. (4. 8.) L. ult. C. h. t. (2. 56.); cap. 8. 9. X. de arbitr. (1. 43.)

59) Ein Zwang zur Uebernahme des Schiedsrichteramtes kann jedoch nur dann eintreten, wenn die Compromittenten zugleich auch einen Vertrag mit dem erwählten Arbiter ſchließen, welcher Vertrag dann receptum heißt und wie ein Mandat klagbar iſt. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. 2, §. 435.

Bedeutung eines Geſetzes hat, ſo muß nothwendig dieſer ſelbſt auch den richterlichen Entſcheidungen, welche auf gemeinrechtliches Verfahren entſtanden ſind, gleich ſtehen [60]). Das Urtheil eines Schiedsgerichtes [61]) kann ſonach dem ordentlichen Vollſtreckungsbeamten mit dem Antrage auf Execution vorgelegt werden [62]), und dieſer hat zuerſt ein unbedingtes Mandat gegen den Verurtheilten zu erlaſſen, worauf derſelbe allenfalls noch die Einrede des Betruges oder der Fälſchung [63]) vorbringen und ſofort den Beweis darüber antreten kann; thut er dieſes aber nicht, ſo iſt der Richter befugt und verpflichtet, jenes Urtheil, wenn er es auch nicht den Rechten gemäß halten ſollte, unverändert und nach dem wörtlichen Inhalte in Vollzug zu ſetzen, und zwar mit allen denjenigen Mitteln, welche nach Landesgeſetzen gegen ſäumige Schuldner anwendbar ſind.

Von den Schiedsgerichten im engeren Sinne hat man wieder zu unterſcheiden das Inſtitut der Schiedsmänner, welches beſonders in Preußen [64]) ſehr ausgebildet iſt. Der Grundzug dieſer Einrichtung beſteht darin, daß die Staatsregierung ein außergerichtliches Verfahren möglichſt zu befördern ſucht, indem es, und wohl mit gutem Grunde, ſchon an und für ſich als eine Calamität für den Staatsbürger angeſehen wird, wenn er den, in der Regel ſehr weitläufigen, zeitraubenden und koſtſpieligen Weg eines förmlichen Prozeſſes betreten muß; ferner aber ſucht man dahin zu wirken, daß die Unterthanen vor Zank und Hader, in jenem entſchiedenen Sinne, wie die Prozeßverhandlung es mit ſich bringt, ſich ſcheuen und hüten mögen [65]). Deßhalb werden ehrbare Bürger, be-

60) Es kann jedoch auch eine Conventionalſtrafe auf den Fall ſtipulirt werden, daß der eine oder andere Theil dem Schiedsſpruche keine Folge geben will. L. 27. §. 7. D. de receptis. (4. 8.) L. 10. §. 1. de pact. (2. 14.)

61) In der römiſchen Rechtsſprache laudum genannt. L. 15. D. de recept. (4. 8.) L. 3. §. 1. L. 13. in f. eod.

62) L. 5. C. de recept. (2. 56.)

63) Deßhalb kann überall und gegen jede hieraus gezogene Rechtswirkung proteſtirt werden, ob es bedungen ſei oder nicht; wie z. B. wenn der Beklagte entdeckt, daß der Gegner mit dem Schiedsrichter einen heimlichen Nebenvertrag zum Zwecke der Rechtsbeugung abgeſchloſſen hat, oder daß der Schiedsrichter das Zeugenverhörsprotocoll dem Beklagten nachtheilig umgewandelt hat u. ſ. w. Vgl. Thibaut, Pandektenſyſtem §. 148, 149.

64) Es finden ſich hierüber in der preußiſchen Geſetzſammlung mehrfache Beſtimmungen, welche hier aufzuzählen zu weitläufig wäre. Uebrigens darf die Bemerkung nicht unterdrückt werden, daß nach den bisherigen Erfahrungen das Inſtitut bei Weitem nicht den Erfolg auf Prozeßverminderung hatte, welchen man ſich davon verſprach; wahrſcheinlich, weil in kleineren Orten ſelten Männer gefunden werden konnten, welche einem ſolchen Amte hinlänglich gewachſen wären.

65) Das franzöſiſche Gericht geht noch weiter, indem es verordnet, daß die Erbinſtanzgerichte keinen Prozeß annehmen dürfen, wenn nicht nachgewieſen iſt, daß vorher bei dem hierzu verpflichteten Friedensrichter (juge de paix) ein Vergleichsverſuch gemacht wurde. Code de procéd. art. 48—58. Die badiſche Prozeßordnung von 1831 hat ſich darüber ſo ausgedrückt: Dem Richter liegt ob, überall, wo es thunlich erſcheint, namentlich in allen zweifelhaften oder verwickelten Rechtsſachen die gütliche Beilegung des Streites

ſonders aus dem Stande der nicht angeſtellten Rechtsgelehrten, in gewiſſen Diſtricten, die nicht ſo groß ſind, daß der Wohnſitz nicht ohne empfindlichen Aufwand an Zeit und Koſten erreicht werden könnte, als ſtändige Schiedsmänner ernannt und verpflichtet, ſo daß dieſelben gegen eine geringe Gebühr alle an ſie gebracht werdenden Rechtsſtreitigkeiten verhandeln und zu vergleichen ſuchen müſſen. Da ſie alſo nicht Erkenntniſſe geben[66]) und nicht im eigentlichen Sinne rechtſprechen dürfen, ſo ſind ſie auch keine eigentliche Schiedsrichter. Der Nutzen der Schiedsmänner iſt dennoch unverkennbar größer, als der Schiedsrichter; eben weil ſie nur die Aufgabe einer friedlichen Vereinbarung zu löſen haben und ferner weil der Vergleichsweg damit weit näher gelegt iſt, als im gemeinen Leben, in dem es oft den Friedlichgeſinnten am ſchwierigſten ſcheint, einen Mann aufzufinden, der ſich ihrer Sache als Freund, als Helfer und Rather annehmen werde.

Viele Aehnlichkeit mit dem Schiedsgerichte hat der prorogirte Gerichtsſtand [67]). Als ſolcher erſcheint nämlich ein jedes ordentliche Landesgericht, wenn es im vorliegenden Falle zwar prozeßordnungsmäßig nicht competent[68]), jedoch von den Parteien auserſehen iſt, ihren Rechtsſtreit nach Maßgabe der allgemeinen Geſetze zu verhandeln und zu entſcheiden.

Von ſelbſt geht hieraus hervor, daß ein ſolcher Gerichtsſtand nicht anders hervorgerufen werden kann, als durch einen Vertrag[69]) der Parteien[70]). Es laſſen ſich viele Gründe denken, warum ein ſolcher abgeſchloſſen wird; vorzugsweiſe ein beſonderes Vertrauen, welches in die Rechtskenntniß und Unparteilichkeit des Gerichtes, ſo wie in deſſen Bekanntſchaft mit den Localverhältniſſen geſetzt wird. Manche wollen auch den Fall hierher zählen, wenn eine Perſon am unrechten Gerichtsſtande belangt iſt und ſich denſelben dennoch gefallen läßt. Darin iſt aber

---

durch Vergleich zu verſuchen (§. 791). Blos in Streitſachen zwiſchen Eltern und ihren Abkömmlingen, zwiſchen Eheleuten und zwiſchen Geſchwiſtern, darf der Vergleichsverſuch niemals unterbleiben (§. 792).

66) Die Erfahrung lehrt auch, daß mit einem ſchiedsgerichtlichen Urtheile in der Regel beide Parteien nicht zufrieden ſind. Denn ſie glauben ſich denn doch immer nicht ſo zur Unterwerfung verpflichtet, als wenn ein ordentlicher Richter erkannt hätte. Vergleichen ſie ſich aber in der Hauptſache, ſo beruht Alles auf freier Willensbeſtimmung. Dieſe Anſicht hatte auch ſchon Perneder, gerichtl. Prozeß (Ingolſtadt 1600), indem er S. 11 ſagt: Es werden gar ſelten Compromiß auffgericht, die nit zu Stritt kommen.

67) Glück, Pandektencommentar Bd. 3, §. 202, Anm. 35. Cramer, opusc. T. II. nr. 29.

68) Eben deßhalb kann das forum prorogatum unter den gemeinen Gerichtsſtänden nicht aufgeführt werden.

69) Hug. Donelli comment. de iure civ. XVII. c. 10. §. 5—8. L. pen. C. de pact. (2. 3.) L. 1. C. de iurisdict. omn. iudic. (3. 13.) L. 15. D. de iurisd. (2. 1.) L. 2. pr. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 13. C. de exc. (8. 36.)

70) Auch durch Teſtament kann auf den Fall eines Erbſchaftsſtreites die Wahl eines beiden Theilen angenehmen Gerichtsſtandes oder eines Schiedsrichters anbefohlen werden. Böhmer, princ. iur. canon. Ed. 7. §. 851.

keine eigentliche Prorogation zu erkennen[71]), indem es beiderſeits auf einem bloßen Verſehen beruhen kann, daß nicht ein ordentlicher Gerichtsſtand angegangen wurde; eine Prorogation darf aber, als Ausnahme von der Regel, nicht vermuthet werden, ſondern ſie muß ausdrücklich vereinbart ſein. Auch iſt wohl dabei zu bemerken, daß das Gericht ſelbſt verpflichtet iſt, ſeine Competenz in jedem einzelnen Falle zu prüfen und den Kläger ſofort abzuweiſen, wenn er ſich an den unrechten Ort gewendet hat[72]). Einem ſolchen Decrete kann er nur dadurch vorbeugen, daß er von vorn herein erklärt, er habe ſich mit dem Gegner über den außerordentlichen Gerichtsſtand vereinigt, und es wird ſogar von Vielen verlangt, daß die Uebereinkunft mit Anſtellung der Klage urkundlich vorgelegt werde. Wenn alſo ein incompetentes Gericht, wenn auch ohne Widerſpruch der Parteien, aber ohne ausdrückliche Uebereinkunft, einen Rechtsſtreit verhandelt und entſchieden hat, ſo dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß das Urtheil, auf Antrag des, ſpäter zur richtigen Einſicht gekommenen, Beklagten theils wieder aufgehoben und die Verhandlung an den ordentlichen Gerichtsſtand verwieſen werden könnte[73]).

Nicht jedes Gericht iſt übrigens verpflichtet, die Prorogation anzunehmen, ſondern nur das Gericht, welches im ordentlichen Rechtszuge die zweite oder dritte Inſtanz[74]) bilden würde, weil nämlich hier in der That mehr ein Verzicht auf die vorhergehenden Inſtanzen, als die Wahl eines beſonderen Gerichtsſtandes vorliegt. In jedem anderen Falle darf das prorogirte Gericht den Antrag zurückweiſen und es gelten dabei keine anderen Gründe, als die Gründe der Billigkeit, d. h. der Rückſicht auf die triftigen Motive der getroffenen Wahl[75]).

Wollte man umgekehrt die Gerichte verpflichten, jeder Prorogation unbedingt Folge zu geben, ſo wäre die Beſorgniß unvermeidlich, daß die Organiſation der Gerichte indirect aufgehoben und am Ende eine ganz andere Ordnung, als ſie der Geſetzgeber beabſichtigte, eingeführt würde;

---

71) Anderer Meinung iſt Bayer, Vorträge über den ordentl. Civilprozeß, 6. Aufl., S. 148. Ausnahmen dürfen aber wohl überhaupt nicht aus dem Stillſchweigen geſchloſſen oder vermuthet werden.

72) Der Legitimationspunkt muß von Amtswegen berichtigt werden. Vgl. L. fin. D. de iurisd. (2. 1.) L. 53. §. 3. D. de re iudic. (42. 1.) L. 1. in f. D. ad SC. Tert. (38. 17.) L. 1—4. C. si a non comp. iud. (7. 48.) — c. 26. de R. J. in 6. — J. R. A. §. 119.

73) Das Gericht kann, auf erkannten Irrthum, mit Einwilligung der Parteien, entweder ſelbſt ſein Verfahren für ungiltig erklären, oder das Obergericht thut es im Wege der Appellation. Derjenige Theil, welcher den Fehler kannte und nicht anzeigte, hätte die Koſten zu bezahlen.

74) Es muß den Parteien erlaubt ſein, den Streit, vorausgeſetzt, daß die Appellationsſumme vorhanden iſt, gleich in zweiter Inſtanz anzufangen, weil ſie damit lediglich einen Verzicht ausſprechen. Vgl. badiſche Prozeßordn. in bürgerl. Rechtsſtr. §. 33. — Es iſt alſo, ſtrenge genommen, auch hier keine Prorogation, ſondern eher eine Anticipation vorhanden und wenn man auf Vermehrung der Namen ausgehen wollte, ſo müßte man dieſen Gerichtsſtand den anticipirten nennen.

75) S. jedoch Heffter, Inſtit. des Civilproz. S. 157 und Bayer, Vorträge über den ordentl. Civilpr. S. 148.

denn der natürliche Stand aller menſchlichen Einrichtungen bringt es mit ſich, daß verſchiedene Richter, bei ſonſt gleich gutem Willen, die nämliche Procedur auf eine mehr oder minder rechtsverſtändige Weiſe leiten und das Endurtheil nach richtigen oder irrigen Anſichten geben können. — Begreiflicher Weiſe werden dann die prozeßführenden Theile ihre Sache in der Regel[76]) denjenigen Richtern zuzuwenden ſuchen, welche des vorzüglicheren Rufes und Vertrauens genießen.

Die gezwungenen oder nothwendigen[77]) Gerichtsſtände, d. h. diejenigen Staatsbehörden, vor welchen der Kläger, wenn ein Vertrag wegen Beſtellung eines exceptionellen Gerichtsſtandes nicht abgeſchloſſen wurde, ſeine Klage anbringen muß, und wo nicht minder der Beklagte ſeine Vernehmlaſſung abgeben muß, und welche zugleich die Executivgewalt haben, ſind mehrfältig und ordnen ſich in folgender Weiſe nach ihrer Natur und ihrem Gebrauchsrechte.

Man theilt die nothwendigen und ordentlichen Gerichtsſtände in gemeine und privilegirte.

a) Unter den gemeinen Gerichtsſtänden ſteht obenan:

1) Der Gerichtsſtand des Wohnortes[78]) (forum domicilii). So lange keine beſonderen Verhältniſſe eine Ausnahme begründen, iſt das Natürlichſte, daß Jemand, der von einem Anderen auf dem Wege des förmlichen Prozeſſes etwas zu erlangen ſucht, dieſen an dem Orte aufſucht, wo er wohnt[79]), und zwar theils aus dem Grunde, weil der Schuldner dem Gerichtszwange der hier befindlichen Behörden, welche als unmittelbar erkennende und vollziehende Stellen weit wirkſamer einſchreiten können, als wenn ſie von auswärtigen Gerichten requirirt[80]) würden, untergeben iſt, theils aber auch, weil der Beklagte da, wo er ſein Domicil hat, muthmaßlich weit eher zur Leiſtung ſeiner Schuldigkeit gebracht werden kann, als wenn er von einem auswärtigen Gerichte verurtheilt würde, indem er an ſeinem Wohnſitze die Nachrede der Zahlungsſäumigkeit oder gar Unredlichkeit am meiſten von ſich abzuwenden ſuchen wird. Dazu kommt auch noch, daß man es am Gerichtsſtande des Wohnortes in der Regel mit dem Beklagten ſelbſt[81]) zu thun haben wird, während

---

76) Namentlich in Sachen von höherem Belange, alſo gerade in den mühſamſten und verwickeltſten wird dieß geſchehen.

77) Martin, Lehrb. des bürgerl. Proz., 12. Aufl., §. 47, 60, unterſcheidet zwiſchen dem vom Staate geordneten und dem vertragsmäßig begründeten Gerichtsſtand. Ein prorogirtes Forum iſt aber nicht minder, als das gezwungene ein vom Staate geordnetes Gericht; es ſcheint daher die Eintheilung in freiwillige und nothwendige Gerichtsſtände bezeichnender zu ſein.

78) Glück, Erläut. der Pand. Bd. 6, §. 511. Heffter, Inſtitutionen des Civilproz. S. 138.

79) L. 2. C. de iurisd. (3. 13.) c. f. X. de foro comp. (2. 2.)

80) Jeder Praktiker weiß, daß requirirte Gerichtshandlungen in der Regel nur mit geringerer Aufmerkſamkeit verrichtet werden, als die der eigenen Competenz.

81) Dieſer Umſtand wird im Civilprozeſſe beſonders deßhalb wichtig, weil der Beklagte nicht ſo leicht in Perſon und Angeſicht gegen Angeſicht, als durch bevollmächtigte, bekannte Thatſachen ableugnen und ſo die Lage des Klägers erſchweren wird.

derſelbe, auswärts belangt, nicht leicht eine Reiſe unternehmen, ſondern blos durch Bevollmächtigte ſich vertreten laſſen wird, welches immer die Unannehmlichkeit mit ſich führt, daß ein Anwalt im Ableugnen der thatſächlichen Klaggründe weiter zu gehen pflegt, als die Partei ſelbſt thun würde, ſo wie auch, daß Vergleichsverſuche hierbei weniger Erfolg zu erwarten haben.

Der Gerichtsſtand des Wohnortes gilt für alle Streitigkeiten, mit Ausnahme der Lehensſachen[82]), und wird daher auch in der Regel von den Klägern gewählt. Nur eine Frage kann dabei zur Erörterung kommen: ob nämlich der Beklagte an dem Orte, wo er belangt wird, wirklich auch im juriſtiſchen Sinne wohnhaft iſt. In der Rechtsſprache verſteht man unter Wohnſitz denjenigen Ort, wo Jemand ſeine Hauptniederlaſſung hat. Dazu gehört vor allen Dingen, daß er in dem Lande, zu welchem das angerufene Gericht gehört, Staatsbürger[83]) ſei; ferner, daß er ebendaſelbſt durch Geſchäftsverbindungen, Anſtellung oder verwandtſchaftliche und geſellige Beziehungen einen bleibenden Grund habe, hier zu verweilen. Letzteres iſt alſo ein relativer Grund; der Wohnſitz und der daran geknüpfte Gerichtsſtand dauert ſo lange, bis die fragliche Perſon ſich entſchließt, denſelben aufzugeben und mit einem anderen zu vertauſchen, welcher jedoch für die bereits anhängig gemachten Klagen ohne Einfluß iſt.

Bei der Hauptniederlaſſung kann auch eine Wohnung an anderen Orten beſtehen, wo eine Nebenniederlaſſung etablirt iſt; dieſes iſt lediglich eine Thatfrage[84]), und es wird ſich in den meiſten Fällen leicht ergeben, wo der Beklagte mit ſeiner Familie zunächſt zu wohnen berufen iſt.

Endlich gehört hierher noch der zufällige oder vorübergehende Aufenthalt[85]), welcher mit Wohnſitz kaum verwechſelt werden kann.

Der Gerichtsſtand des Wohnortes wird durch eine juriſtiſche Fiction

---

82) Hier gibt es nur ein iudicium parium. II. F. 55. Doch kann auch ein iudex vicarius ſubſtituirt werden. Mascov, de iure feud. (Poson. 1765.) p. 264. §. IV. Struv, elementa iuris feudalis. (Jenae 1754.) §. 493—499.

83) Alle freigebornen Einwohner des röm. Reiches hatten, kraft einer Fiction, ſie mochten innerhalb oder außerhalb geboren ſein, in Rom ihre Civität und folgeweiſe ihren Gerichtsſtand. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 2. Aufl. (Halle 1837), Th. 1, S. 365. Dieß war jedoch eigentlich ein forum originis. Thibaut, Pandektenſyſtem Bd. 3, §. 1068. S. auch Meyer, esprit, origine et progrès des institutions judiciaires. (Paris 1823.) Tom. I. p. 294.

84) L. 203. D. de V. S. (50. 16.): Sed de ea re constitutum esse, eam domum unicuique nostrum existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset. Vgl. auch Code civil liv. I. tit. 3.

85) L. 17. §. 15. 13. D. ad municip. et de incol. (50. 1.) L. 2. 4. C. de municipibus. (10. 39.)

zum Theil[86]) noch ausgedehnt auf die Erbſchaftsſtreitigkeiten[87]), indem man ſich die Niederlaſſung des Verſtorbenen für ſeine Verlaſſenſchaftsmaſſe in ſo lange fortwirkend denkt, bis dieſelbe gänzlich auseinander geſetzt und in die Hände der Erben und Vermächtnißnehmer übergegangen iſt; worauf dann jeder von dieſen, ſo weit er Theile der Maſſe an ſich gezogen hat, dafür wieder perſönlich vor dem für ihn competenten Richter, wegen übernommener Verbindlichkeiten, belangt werden muß.

Der ſogen. Gerichtsſtand des liegenden Erbes oder der eröffneten Erbſchaft[88]) (forum hereditatis[89])) iſt mithin nur als ein dem Gerichtsſtande des Wohnortes analoger und nicht als eine beſondere Art aufzufaſſen.

Ganz ähnlich verhält es ſich mit dem Gerichtsſtande der Geſellſchaft und der Corporationen[90]). Beide werden da belangt, wo ſie ihre Hauptniederlaſſung, beziehungsweiſe ihren Verſammlungsort haben. Auch hierin liegt eine Fiction. Man denkt ſich zu der moraliſchen Perſon einen Wohnort, und dazu ſtellt ſich am geeignetſten der Ort dar, wo ſie ihre Geſchäfte in der Regel beſorgt; denn man kann annehmen, daß hier auch die Perſonen ſich befinden[91]), welche über die ſtreitigen Verhältniſſe genügende Auskunft geben können, und daß daſelbſt zugleich der Hauptſtock des Vermögens beruht.

Es kommen übrigens auch Fälle vor, wo eine Perſon, die man belangen will, gar keinen Wohnſitz im juriſtiſchen Sinne hat, wie z. B. Heimathsloſe und Verbannte. Daß dieſe gleichwohl vor Gericht gezogen werden können, dafür iſt wohl in den meiſten Fällen durch einen oder den anderen der nachfolgenden Gerichtsſtände geſorgt.

2) An das forum domicilii reiht ſich am natürlichſten der Ge=

---

86) Gemeinrechtlich iſt dieß nicht allgemein zugeſtanden. S. jedoch L. 50. pr. und §. ult. de iudiciis und die badiſche Prozeßordn. §. 17. Preuß. allg. Gerichtsordn. §. 121.

87) Nämlich 1) Klagen der Erben gegen einander. 2) Klagen, wodurch Erbſchaften oder Vermächtniſſe in Anſpruch genommen werden. 3) Klagen der Erbſchaftsgläubiger. 4) Klagen auf Vollziehung einer letztwilligen Verordnung. S. dagegen Falck, die Gerichtsverfaſſung der Herzogth. Schleswig und Holſtein §. 63.

88) Hiervon geſchieht in den Prozeßbüchern meiſtens nur beiläufig bei dem forum rei sitae Erwähnung; aber die ratio legis iſt gewiß eine andere, als bei dieſem. Vgl. übrigens L. 22. §. 1. D. ad munic. (50. 1.)

89) Claproth, Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß §. 35. Weber, Beiträge zur Lehre von den gerichtlichen Klagen Stück 2, 3, S. 24.

90) Badiſche Prozeßordn. §. 18, 8.

91) Die Corporation muß ihre Beamten und die Geſellſchaft ihre Verwalter haben und wo dieſe ihre Geſchäfte verrichten, ihre Arbeiten und Bücher führen, da wird der Wohnſitz angenommen, und es leidet auch keinen Zweifel, daß hier die Materialien zur Beantwortung einer Klage gegen die moraliſche Perſon zunächſt vorhanden ſein müſſen. Die preußiſche allg. Gerichtsordn. ſetzt hinſichtlich der Handlungsgeſellſchaften §. 38 feſt: Daß der Gerichtsſtand desjenigen Theilhabers entſcheidend ſei, deſſen Name in der Firma voranſteht.

richtsſtand der gelegenen Sache* (forum rei sitae)[92]), welcher gegeben iſt für alle dingliche und Beſitzklagen[93]), welche Liegenſchaften oder liegenſchaftliche Rechte zum Gegenſtande haben, alſo namentlich auch für Theilungs- und Grenzſcheidungsklagen, ſo wie für Anſprüche auf Grund- und Erbdienſtbarkeiten.

Die Geſetzgebung führte dieſen Gerichtsſtand offenbar zur Bequemlichkeit aller Theile ein. Der Kläger kann beim Richter unmittelbar auf den Streitgegenſtand hinweiſen; der Beklagte kann vom nächſten Richter Schutz in ſeinen vermeintlichen Rechten erwarten, und der letztere kann ſich, ſobald er es für nöthig findet, durch ſelbſteigenen Augenſchein von der örtlichen Beſchaffenheit der Dinge[94]) überzeugen. Am meiſten paſſen jedoch dieſe Gründe auf Beſitzſtreitigkeiten[95]), weil hier oft ſchleunig eingeſchritten werden muß, zumal wenn Thätlichkeiten eintreten, oder einem rechtskräftigen Urtheile zuwider gehandelt wird. Wollte man hier auf die Requiſition eines entfernt gelegenen Wohnſitzforums warten, ſo könnte leicht bis zu deſſen Eintreffen der Zuſtand der Dinge ſo verändert ſein, daß er nicht wieder herzuſtellen wäre.

3) So wie es dergeſtalt ein ſpecielles *liegenſchaftliches Forum* gibt, ſo hat die Praxis auch ein ſpecielles *perſönliches Forum* eingeführt, und dieſes iſt der *Gerichtsſtand des Vertrages*[96]) und der *geführten Verwaltung*[97]) (forum contractus et gestae administrationis). Der Grund dieſer Beſonderheit iſt darin zu erkennen, daß man an dem Orte, wo ein Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen oder ins Leben eingeführt wurde, wohl immer die meiſten Hilfsquellen zur Aufklärung der Thatfragen, wie z. B. Zeugen, Archive u. ſ. w. antreffen wird; ſo wie ferner auch ein Rechtsgeſchäft ſtets am zweckmäßigſten da erläutert und in ſtreitigen Punkten geſchlichtet wird, wo es entſtand[98]), indem hier auch die Richter, vermöge ihrer tieferen Einſicht in die Sitten, Gebräuche, Ausdrucksweiſen u. ſ. w. der nächſten Umgegend mehr Beruf als die entfernteren Richter haben, über dergleichen Fragen eine Entſcheidung abzugeben.

---

92) S. hierüber die äußerſt gründliche Abhandlung von *Sintenis*, in den Erläuterungen über verſch. Lehren des Civilproz. (Gießen 1840), Bd. 1, S. 1—57.

93) Actiones in rem et in rem scriptae et mixtae; interdicta retinendae, recuperandae et adipiscendae possessionis und die Retractsklagen.

94) *Falck*, die Gerichtsverf. des Herzogth. Schleswig und Holſtein S. 271.

95) *Sintenis* a. a. O. §. 12. *Weber*, Beitr. zur Lehre von den Klagen und Einreden St. 2, S. 15, erklärt ſogar den Gerichtsſtand der gelegenen Sache als das *allein* zuſtändige forum dinglicher und poſſeſſoriſcher Klagen, welches wohl zu weit gehen dürfte.

96) *Briel*, der Gerichtsſtand aus perſönl. Verbindlichkeiten (München 1828), und *Bayer*, Vorträge über den ordentl. Civilproz. S. 123 flg. — L. 2. §. 4. L. 19. §. 2. D. de iudiciis. (5. 1.)

97) *Gönner*, Handbuch des gemeinen Prozeſſes Bd. 1, Abhandl. 11. *Linde*, im Archiv für civ. Praxis Bd. 7, S. 72 flg. S. dagegen *Weber* a. a. O. S. 35 flg.

98) Schon aus dem Rechtsſatze: *locus regit actum* fließt dieſer Gerichtsſtand ab.

Es ſteht übrigens den Contrahenten frei, dieſen Gerichtsſtand dadurch zu umgehen[99]), daß ſie ihn ſchon im Vertrage ausſchließen[100]), ſo wie es auch erlaubt iſt, einen beſonderen Erfüllungsort feſtzuſetzen, welcher alsdann ausnahmsweiſe das forum contractus an Handen gibt[101]), d. h. es kann die Klage alsdann loco solutionis angeſtellt werden. Der Gerichtsſtand der geführten Verwaltung gilt nicht ſowohl für Mandatsverhältniſſe, als auch für die negotiorum gestio[102]), weil in beiden Fällen der Grund, daß an Ort und Stelle der Verwaltung am ſchicklichſten Rechenſchaft darüber abgelegt werden kann[103]), gleichmäßige Anwendung findet. In der Regel wird jedoch dieſes Forum mit jenem des Vertrages in Eins zuſammenfallen.

4) Der Gerichtsſtand der materiellen Connexität (forum connexitatis)[104]) iſt im gemeinen Rechte für einzelne Fälle angedeutet, welche jedoch mit Unrecht von Manchen ſo weit ausgedehnt worden iſt, daß auf Verlangen der Parteien alle materiell connexen Sachen ſtets bei demſelben Gerichte verhandelt werden ſollen[105]), wenn daſſelbe auch nicht für jede dieſer Sachen ſelbſtſtändig genommen das competente Forum wäre.

Die Geſetze[106]) ſprechen von einem ſolchen Gerichtsſtande nur in folgenden Fällen:

a) Die poſſeſſoriſchen und petitoriſchen Klagen ſollen, je nachdem die eine hier oder dort zuerſt angeſtellt wurde, bei demſelben Gerichte ausgetragen werden.
b) Der Eheſcheidungsrichter hat immer zugleich auch über die Rückforderung der Eheſteuer zu erkennen.
c) Der Käufer einer Sache, gegen den ein Dritter die Entwährungsklage angeſtellt hat, kann den Verkäufer nöthigen, vor demſelben Gerichte, wo er ihm den Streit verkündet, ebenfalls Recht zu nehmen.
d) Endlich ſoll die quaestio status[107]) vor demſelben Gerichte entſchieden werden, bei welchem dieſelbe in einem anderen Prozeſſe als Vorfrage zur Sprache kommt.

---

99) Wenn dieß nicht geſchieht, ſo geht der Gerichtsſtand des Vertrages als ſtipulirtes Recht auch auf die Erben des Contrahenten über.

100) L. 19. D. l. c.: nisi alio loci, ut defenderet, convenit.

101) L. 21. D. de oblig. et act. (44. 7.) L. 1—3. D. de reb. auctor. iud. possid. (42. 5.)

102) L. 36. §. 1. D. de iudiciis. (5. 1.)

103) Falck, die Gerichtsverf. S. 283. Gönner, Handbuch Bd. 1, S. 283.

104) Martin, Lehrbuch, 12. Ausg., §. 55. Bayer, Vorträge S. 132.

105) Danz, Grundſätze des ordentl. Proz., 5. Ausg., §. 33 u. A.

106) Die betreffenden Geſetzesſtellen ſind meiſtens in den canoniſchen Rechtsbüchern enthalten. Vgl. Bayer, Vorträge S. 132, 133.

107) In allen dieſen Fällen dient es nicht nur zur Abkürzung, ſondern zur Erleichterung der Parteien, wie des Richters, daß die innerlich zuſammenhängenden Gegenſtände vor demſelben Forum verhandelt werden, indem das Gericht, wenn es einmal in die Sachverhältniſſe eingeweiht iſt, für die Anhangsprozeſſe kaum einer Information bedarf. Vgl. übrigens Danz, Grundſ. des ordentl. Proz., 5. Ausg., S. 89.

Vereinigen ſich übrigens die Theile auch außerdem, daß connexe Sachen bei demſelben Gerichte, welches für den einen oder anderen Punkt competent iſt, verhandelt werden ſollen[108]), ſo kann daſſelbe nicht wohl den Antrag zurückweiſen, indem der Grund zweckmäßiger Vereinfachung der Prozeſſe jedesmal dafür ſprechen wird.

Ein damit ganz verwandter und mithin auch darunter zu ſubſumirender Gerichtsſtand iſt jener der Widerklage[109]), ſo wie auch des Arreſtes[110]) (forum reconventionis; forum arresti); denn beide hängen mit der Hauptklage ſo eng zuſammen, daß es geradezu eine Begünſtigung der Chicane wäre, wenn man deßhalb an die regelmäßigen Gerichtsſtände verweiſen wollte.

Auch rechtsphiloſophiſch läßt ſich nichts gegen den Satz einwenden, daß der Kläger, wenn er einem Gerichte das Vertrauen geſchenkt hat, daß es über ſeine Anſprüche gegen den Beklagten entſcheiden ſoll, nicht minder ſich gefallen laſſe, daß auch die Gegenanſprüche des Letzteren gegen ihn von demſelben Richter geprüft und feſtgeſtellt werden[111]), mag nun dieſer Richter außerdem auch in keinem Falle für ihn den Kläger competent ſein.

Nur das Eine iſt zu beachten, daß die Widerklage, wenn ſie auf dieſes Privilegium ausgehen will, noch vor der Entſcheidung erſter Inſtanz in der Vorklagſache angeſtellt werden muß. Umgekehrt findet jedoch, der Natur der Sache nach, hier kein Zwang, keine Provocation zur Anſtellung der Widerklage gegen den Beklagten ſtatt[112]).

Daß derjenige, gegen welchen zur Sicherung der klägeriſchen Forderungen ein Perſonal- oder Realarreſt erwirkt wurde, ſofort bei demſelben Gerichte auch in der Hauptſache procedirt werden könne[113]), beruht auf Gründen der Billigkeit und der Zweckmäßigkeit; ungefähr wie bei dem forum rei sitae. Wo die Sache, an die ſich der Kläger im obſiegenden Falle halten will, wo alſo das Executionsobject beruht, da muß man ihm auch Gelegenheit verſchaffen, über ſeine Anſprüche in der Hauptſache eine Entſcheidung zu erlangen. Die Connexität ergibt ſich hier aus den Prozeßformen.

---

108) Alsdann wäre jedoch kein forum connexitatis, ſondern ein forum prorogatum begründet.

109) Von Papinian rührt der erſte Gedanke hierzu her, wie aus der L. 14. C. de sentent. et interl. (7. 45.) zu erſehen iſt.

110) Ein Gebilde des teutſchen Reichsprozeſſes. R.-A. v. 1570 §. 84. R.-A. v. 1594 §. 81 a. E.

111) Von dieſem Geſichtspunkte geht auch die Nov. 96. cap. 2. aus: Quoniam enim uterque actoris locum obtinuit, miserandum et ridiculum inde evenit. Nam simulac quis causam suam agere voluit, statim eum reconveniens ad alterum iudicem, quam ipse iudicem acceperat, trahebat, atque ita se invicem circum ducentes, immortalem litem exercebant.

112) Vgl. noch Goldſchmidt, Abhandl. aus dem teutſchen gemeinen Civilprozeſſe Abh. III, und Heffter, Inſtit. des Civilproz. S. 146 flg. Thibaut, Pandektenſyſtem §. 1077.

113) Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechtes (Landshut 1802), Bd. 4, Abh. 3.

Man muß ſich übrigens hüten, ein ſolches Inſtitut ausdehnend zu erklären, weil es für den Beklagten ſehr große Inconvenienzen haben kann, ſeinem ordentlichen Gerichtsſtande entrückt zu werden. Deßhalb iſt das forum arresti durch die Doctrin auf folgende Fälle[114]) beſchränkt worden:

a) wenn der Arreſtbeklagte ein Ausländer iſt, und das auswärtige competente Gericht nachweisbar[115]) keine Juſtiz gegen ihn leiſten will;

b) wenn derſelbe, gleichviel ein Inländer oder Ausländer, ſich ſeines bleibenden Wohnſitzes begeben und flüchtig[116]) gemacht hat.

Gewiß rechtfertigt hier der Nothſtand ein Ausnahmsgeſetz.

5) Der Gerichtsſtand des begangenen Verbrechens (forum delicti)[117]), welchen ſchon das römiſche Recht einführte, nöthigt denjenigen, welcher durch eine unrechte That Jemanden beſchädigte, an demſelben Orte, wo dieſe That begangen und gerichtet wurde, auch hinſichtlich der Entſchädigungsanſprüche, die gegen ihn erhoben werden, Recht zu nehmen.

Der Grund dieſer Einrichtung beruht wieder in der natürlichen Billigkeit; denn wenn eine Perſon die andere gewaltſam in ihrem Rechtszuſtande verletzt, ſo mag ſie ſich auch gefallen laſſen, unmittelbar, wo ſich der Beſchädigte zur Zeit der That aufhielt[118]), ihm wegen des zugefügten Schadens Rede zu ſtehen und zu haften[119]). Connexität der Sache iſt alſo wiederum die eigentliche ratio legis.

Zu unterſcheiden iſt übrigens, ob nur eine Beſchädigung im civilrechtlichen Sinne, oder eine criminalrechtliche, d. h. ein Verbrechen im engeren Sinne, vorliegt. Im letzteren Falle hat der Damnificat gar nicht nöthig, eine beſondere Erſatzklage anhängig zu machen, ſondern er ſtellt ſeine deßfallſigen Anträge im Wege der Adhäſion bei dem Criminalgerichte[120]), welches ſofort auch verpflichtet iſt, darüber zu verhandeln und im Strafurtheile darüber zu erkennen.

Dieſes ſind die gemeinen Gerichtsſtände, d. h. ſolche, wo die ordentlichen Gerichte erſter Inſtanz auf Antrag der Civilpartei Recht zu ſprechen haben.

---

114) Bayer, Vorträge über den ordentl. Civilprozeß S. 137.

115) Es muß alſo bereits ein ablehnendes Decret erfolgt ſein.

116) Man kann ihm alsdann nachſetzen und ihn verklagen, wo man ihn immer findet, und an die Arreſtbitte knüpft ſich dann die Klage in der Hauptſache.

117) Nov. 69. cap. 1. §. 1. L. un. C. ubi de poss. (3. 16.) Vgl. auch Sachſenſpiegel B. I. 59, B. III. 25.

118) Mit anderen Worten iſt dieß der Ort, wo das Verbrechen conſummirt wurde, und das civilrechtliche forum del. comm. ſtimmt hierin ganz mit dem criminalrechtlichen überein. S. unten.

119) Falck, die Gerichtsverf. in Schleswig und Holſtein §. 65. Bethmann-Hollweg, Verſuche S. 29, 52 flg.

120) P. G.-O. Art. 198, 107. Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 2, S. 520. Jordan in dieſem Rechtslexikon Bd. 1, S. 121 flg.

b) Den gemeinen Gerichtsſtänden ſtehen, wie oben ſchon bemerkt iſt, gegenüber: die befreiten Gerichtsſtände (fora privilegiata)[121].

Heutzutage iſt zwar kein hinreichender Grund mehr einzuſehen, warum gewiſſe hochgeſtellte Perſonen nicht vor denſelben Gerichten, wie andere Leute, Recht nehmen ſollen; aber wenn man auf die Vorzeit zurückblickt, wo ſolche Privilegien entſtanden, ſo läßt ſich unſchwer erkennen, daß es einem Jeden, der irgend wichtigere Dinge zu verhandeln hatte, darum zu thun ſein mußte, einen Ausweg zu finden, daß er nicht an Behörden verwieſen wurde, wo größtentheils die Unwiſſenheit und Willkür zu Gerichte ſaß.

Daraus entſtand das Vorrecht 1) der Mitglieder der regierenden[122]) teutſchen Häuſer[123]), 2) der ehemals reichsunmittelbaren Fürſten, Grafen und Herren[124]), und 3) der höheren Staats- und Hofbeamten[125]), daß ſie nicht anders belangt werden dürfen, als bei den ordentlichen Gerichten zweiter Inſtanz, d. h. alſo nur bei Collegialgerichten, wo eine reiflichere Prüfung der Thatſachen und Rechtsgründe zu erwarten ſtand. Dafür, daß auf ſolchem Wege keine Inſtanz verloren gehe, wurde in der Art geſorgt, daß das höchſte Gericht zuerſt in zweiter Inſtanz in einer Abtheilungsſitzung, dann aber noch als dritte Inſtanz, welche gewöhnlich die Reviſionsinſtanz genannt wird, in voller Verſammlung (in pleno) erkennt[126]).

Eine andere Art privilegirter Gerichtsſtände ergab ſich aus der Eigenthümlichkeit gewiſſer Standesverhältniſſe, nämlich 4) bei Geiſtlichen[127]), 5) Militärperſonen[128]) und 6) akademiſchen Bürgern[129]). Das forum ecclesiasticum iſt im Laufe der Zeit, zumal in Teutſchland, größtentheils verſchwunden, wogegen die Militär- und Univerſitätsgerichte allenthalben noch beſtehen. In Frankreich, wo die Landesarmee doch gewiß intenſiv zu den ſtärkſten des Jahrhunderts gehört, hielt man es ſchon vor einigen Decennien nicht mehr am Platze,

---

121) S. am ausführlichſten Danz, Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes, 5. Ausg., §. 34—36.

122) Ueber den Gerichtsſtand der apanagirten Mitglieder der teutſchen regierenden Häuſer hat eine gründliche Erörterung geliefert: Zachariä, im Archive für die civiliſtiſche Praxis Bd. 1, S. 96 flg.

123) Wahlcapitulation Art. 19, §. 6.

124) Teutſche Bundesacte Art. 14.

125) Dieſes Vorrecht beruht nicht auf einem teutſchen Grundgeſetze, iſt aber faſt in allen Staaten particularrechtlich oder durch Praxis eingeführt.

126) Die badiſche Geſetzgebung hat allen Privilegirten durch den §. 1243 der Prozeßordn. die dritte Inſtanz entzogen, indem dort kategoriſch ausgeſprochen wurde: Urtheile des oberſten Gerichtshofes im zweiten Rechtszuge gelten, wie hier im dritten Rechtszuge und mit gleichen Wirkungen, als Urtheile in letzter Inſtanz.

127) Vgl. Böhmer, ius eccles. prot. T. I. lib. II. tit. 2. §. 38. und Concilium Trident. Sess. 23.

128) Die Literatur ſ. bei Danz a. a. O. §. 36.

129) Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 77. m. 1.

eine ſolche Ausnahmsjuſtiz fortbeſtehen zu laſſen[130]). Nicht minder wäre zu wünſchen, daß die akademiſche Gerichtsbarkeit durchgehends aufgehoben würde[131]), indem ſie jetzt faſt nur noch zu Mißbräuchen Anlaß gibt und unnütze Verwickelungen mit den anderen ordentlichen Gerichtsbehörden herbeiführt.

In manchen Ländern[132]) beſtehen außer dieſen Perſonalprivilegien auch noch befreite Gerichtsſtände für einzelne Sachen, wie z. B. das forum ecclesiasticum für die Kirchen-, Schul- und Eheſachen[133]), Conſiſtorialgerichte und Vicariate, und die Lehngerichte für Lehnſachen[134]); wofür aber noch weniger rechtspolitiſche Gründe angeführt werden können, als für jene[135]).

Von ſelbſt verſteht es ſich übrigens, daß eine privilegirte Perſon auf ihren beſonderen Gerichtsſtand verzichten kann, wenn ſie, abſichtlich oder aus Verſehen, beim gewöhnlichen Forum erſter Inſtanz belangt wurde.

Nun können aber noch außerordentliche Gerichtsſtände vorkommen, und zwar, des antiquirten Forums mitleidswürdiger Perſonen (forum miserabilium personarum)[136]) nicht zu gedenken, in folgenden Fällen:

1) wenn das ordentliche Gericht perhorreſcirt iſt[137]);
2) wenn daſſelbe allen oberrichterlichen Befehlen zum Trotze keine Juſtiz leiſtet[138]);
3) wenn daſſelbe zur Zeit, wo die Klage angeſtellt werden ſoll, nicht gehörig beſetzt iſt;
4) wenn ſich der Richter als betheiligt des Urtheiles ſelbſt entſchlägt[139]).

---

130) Charte von 1814 Art. 62. Conſtitution von 1815 Art. 54. Vgl. auch Brewer, Geſchichte der franzöſ. Gerichtsverf. Bd. 2, S. 852—860.

131) In manchen teutſchen Ländern iſt damit ſchon ein theilweiſer Anfang gemacht worden, wie in Bayern und Württemberg.

132) S. beſonders Falck, die Gerichtsverf. in Schleswig und Holſtein §. 69.

133) G. L. Böhmer, princip. iur. can. §. 240. 241. Eichhorn, Grundſätze des Kirchenrechtes Bd. 2, S. 134 flg.

134) S. oben Note 82.

135) Weber, Beiträge zu der Lehre von den Klagen und Einreden St. 2, S. 60, bemerkte ſchon: Privilegirte Gerichtsſtände gehören überhaupt nicht zu den wohlthätigen Einrichtungen der Staaten.

136) Durch die Wiſſenſchaft iſt nunmehr nachgewieſen, daß dieſe Anomalie nur auf einem Mißverſtändniſſe oder vielmehr auf hiſtoriſcher Unkenntniß beruhte. Martin, Lehrb. des bürgerl. Proz., 12. Ausg., §. 58, beſonders aber Weber a. a. O. S. 64—78. S. dagegen Bayer, Vorträge über den ordentl. Proz. S. 142.

137) Lotz, civiliſt. Abhandl. Nr. 2, S. 24 flg. Puchta, Dienſt teutſcher Juſtizämter Bd. 1, §. 44.

138) L. 12. pr. C. de iud. (3. 1.) R. C. G. O. v. 1555, II. 1, §. 2 und Tit. 26. R.-A. v. 1566, §. 108.

139) In allen dieſen Fällen erfolgt, auf Antrag einer Partei, die avocatio causae, d. h. die Abberufung von dem ordentlichen und Verweiſung an einen außerordentlichen Richter.

5) Manche[140]) wollen hierher noch zählen den Gerichtsſtand der Einheit des Klagegrundes (forum continentiae ex identitate fundamenti). Darunter verſteht man nämlich den Fall, wenn der Kläger mehrere Streitgenoſſen aus demſelben Klaggrunde belangen will[141]), und unter denſelben doch einige ſind, welche einen privilegirten oder beſonderen Gerichtsſtand haben. Man denkt ſich alsdann einen paſſenden Ausweg gefunden zu haben, wenn man die Klage an dasjenige Obergericht verweiſt, welchem die verſchiedenen Untergerichte, denen die Beklagten unterſtehen, vorgeſetzt iſt. Es iſt aber bereits bewieſen[142]), daß ein ſolcher Gerichtsſtand, welcher als ſeltſame Ausnahme jedenfalls ſtrenge bewieſen werden müßte, in Geſetzen nirgends begründet iſt, und in der That ſcheint derſelbe auch kein Bedürfniß zur Beförderung der Rechtsſachen, indem es ſich wohl eher wird darthun laſſen, daß derjenige Gerichtsſtand als durchgreifend zu betrachten ſei, welcher der ordentliche für die Mehrheit der Streitgenoſſen iſt[143]); welches aus dem Begriffe des Conſortiums folgen dürfte, ſo wie in der Regel überhaupt bei einer Vereinigung mehrerer Perſonen die Verhältniſſe und der Wille der Mehrzahl bindend erſcheint.

Noch weniger läßt ſich für das ſogen. forum continentiae ex identitate reali anführen[144]), wo nämlich das nächſte höhere Gericht für eine dingliche Klage competent ſein ſoll, durch welche mehrere Sachen, welche in verſchiedenen Untergerichtsbezirken zerſtreut liegen, in Anſpruch genommen werden.

Die privilegirten Gerichtsſtände ſind unter den hier aufgezählten allein von ausſchließender Natur[145]), wogegen unter den gemeinen Gerichtsſtänden oft mehrere zugleich für dieſelben Perſonen und Sachen competent[146]) ſein können. Man nennt dieſes eine Concurrenz der Gerichtsſtände[147]).

Es hat wenig Schwierigkeit, im letzteren Falle zu entſcheiden, vor welchem Gerichte der Prozeß zu verhandeln ſei, weil der Grundſatz überall angenommen iſt, daß der Kläger die Wahl[148]) habe, wo er die Klage

---

140) Charroch, diss. de foro continentiae causarum ex identitate. Halae 1750. Schmidt, de generibus cont. caus. genuinis. Jenae 1754.

141) Claproth, Einleitung in den ordentl. Prozeß, 4. Aufl., §. 101, S. 514.

142) Mittermaier, im Archive für civiliſt. Praxis Bd. 2, S. 141 flg. Vgl. übrigens R.-A. v. 1600, §. 23 und L. 8. §. 1. D. de liberali causa (40. 12.), woraus man früher ein ſolches Forum ableiten wollte.

143) Badiſche Prozeßordn. §. 9—13.

144) Mittermaier a. a. O. S. 148. R.-A. v. 1600 §. 140. Bayer, Vorträge über den ordentl. Civilproz. S. 146.

145) Wahlcapitulation Art. 16, §. 17.

146) Es verſteht ſich, daß die Competenz überall gleichmäßig begründet und nachgewieſen iſt; ſonſt kann von einem Conflicte gar nicht die Rede ſein. Claproth, Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß, 4. Ausg., S. 180.

147) Reinharth, D. de duar. vel plur. iurisd. in una eademque causa confl. Jenae 1748.

148) Martin, Lehrb. des ordentl. Proz., 12. Ausg., S. 107.

anſtellen will. In der That iſt dieſer Satz auch als der richtigſte zu erkennen. Wenn mehrere Gerichtsſtände, z. B. das forum domicilii, contractus, arresti und connexitatis, für einen Rechtsanſpruch zugleich begründet ſind, ſo folgt daraus zu Gunſten des Beklagten nichts weiter, als daß er vor keinem anderen als einem dieſer vier Gerichtsſtände über die prätendirte Verbindlichkeit Rede zu ſtehen hat; gewiß aber kann er nicht ſagen, daß der Kläger ihm vor den einen oder anderen, zu dem er, der Beklagte, gerade beſonderes Vertrauen hat, folgen ſolle. Der Kläger aber kann es umgekehrt als eine geſetzliche Wohlthat anſehen, daß er ſeine Rechte da verfolgen darf, wo er ſie am ſchnellſten zu erreichen Hoffnung hat[149]); denn der Prozeßgrundſatz muß bei aller billigen Anerkennung des favor rei obenanſtehen, daß den Rechtſuchenden es möglichſt erleichtert werde, einen ſchnell vollziehbaren Richterſpruch zu erlangen.

Nur das Eine muß dabei feſtgehalten werden, daß der Kläger von dem gewählten Gerichtsſtande nicht mehr abgehen kann, ſobald die Sache ſchon ſo weit anhängig gemacht iſt, daß das Gericht ein Decret erlaſſen und ſolches dem Beklagten zugeſtellt hat[150]); mag dieſes Decret nun eine Ladung oder eine bloße Vorverfügung ſein. Es gehört alſo auch ein Decret hierher, wodurch die Klage zur Verbeſſerung oder zur Reinigung zurückgegeben wird.

Anders iſt es bei einer Concurrenz von Gerichtsſtänden, wobei jeder der ſtreitenden Theile als Kläger gegen den anderen auftreten kann; welches namentlich bei Theilungs- und Grenzſcheidungsklagen (iudicium divisorium) vorkommt[151]). Hier iſt als Regel angenommen, daß derjenige Gerichtsſtand als bindend angeſehen werde, welcher von dem einen oder anderen Theile zuerſt mittels einer förmlichen Klage angerufen wurde, d. h. es entſcheidet die Prävention[152]) (forum praeventionis). Auch hier iſt der entſcheidende Moment die Zuſtellung des erſten Decretes auf die Klage[153]). Man hat ſich dabei auch den Fall als möglich vorzuſtellen, daß die von beiden Seiten angeſtellten Klagen und die darauf erfolgten Verfügungen der verſchiedenen Gerichte zu gleicher Zeit den beiden Beklagten, beziehungsweiſe Klägern, zugeſtellt werden; wobei es, um Prävention zu begründen, wohl nicht

149) L. 19. §. ult. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco. (13. 4.): Damus actori electionem petitionis.

150) Bayer, Vorträge über den ordentlichen Prozeß S. 153. A. M. Gensler, Commentar zu Martin §. 59.

151) Actio familiae erciscundae, finium regundorum et communi dividundo. Auch das interdictum uti possidetis und utrubi kann in dieſer Weiſe zur Anwendung kommen.

152) P. de Tonduti de praev. iud. Lugd. 1659. Hommel, Ariadne iurisd. concurr. in deſſen rhaps. qu. obs. 727—736 u. 791. Geſterding, Irrthümer der Rechtsgel. S. 450 flg. Sintenis, Erläuter. über verſch. Lehren des Civilproz. Bd. 1, S. 58–75.

153) Die älteren Juriſten nannten dieß anteoccupatio iurisdictionis. S. auch Sintenis a. a. O. §. 4: Von dem Inhalte des die Prävention begründenden erſten Decretes.

auf die Stunde und Minute ankommen kann, weil im Prozeſſe überhaupt nur nach Tagen gerechnet wird. So lange die concurrirenden Gerichte nicht officiell von dieſer Verdoppelung des Rechtsſtreites in Kenntniß geſetzt werden[154]), laufen die Prozeſſe beiderſeits fort, und es würde, wenn am Ende zwei widerſprechende Urtheile erfolgen, kein anderer Ausweg übrig bleiben, als die Aufhebung beider und Committirung eines dritten Gerichtes zur neuen Verhandlung und Entſcheidung, weil die Parteien, durch das Verſchweigen der Anhängigkeit am zweiten Gerichte, eines Mißbrauches der Juſtiz ſich ſchuldig gemacht und deſſen Nachtheile daher zu büßen hätten.

Wahrſcheinlicher iſt es jedoch, daß den Gerichten von der Duplicität der Klage ſofort Anzeige gemacht wird, und alsdann iſt es wohl am einfachſten, daß man den Parteien überläßt, ſich außergerichtlich[155]) zu vereinigen, vor welchem Gerichte die Sache ausgetragen werden ſoll, und in ſo lange beruht dann der Prozeß bei beiden.

Man nimmt übrigens die Wirkung einer Prävention als erloſchen[156]) an, wenn auf die erſte Vorladung beide Parteien unentſchuldigt ausbleiben[157]), oder wenn die eine, welche zuvorgekommen war, auf die Klage des anderen Theiles ſich einläßt und die eigene Klage nicht weiter verfolgt.

II. Nachdem nun die Civilgerichtsbarkeit in ihren Hauptzügen dargeſtellt iſt, muß hier noch in ähnlicher Ueberſicht von der Criminalgerichtsbarkeit[158]) gehandelt werden.

Dieſe letztere iſt, wie ſchon oben erwähnt, gleichfalls ein Ausfluß der Landeshoheit[159]), mag dieſe nun in den Händen eines Souveräns oder einer republikaniſchen Regierung beruhen[160]). Darauf weiſt insbeſondere das Aemterrecht hin. Der Staatsherrſcher iſt es, welcher die Criminalbeamten ernennt und deren Gehalt beſtimmt; dieſe Verwalter der

---

154) Es könnte wohl der Fall eintreten, daß beide Prozeßführer es darauf ankommen laſſen, ob ſie hier oder dort, oder gar an beiden Orten obſiegen werden und dann doppelten Nutzen daraus zu ziehen hoffen.

155) Das Aeußerſte, was man thun könnte, wäre die Anordnung einer gerichtlichen Vergleichstagfahrt zum Zwecke der Beſtimmung des competenten Gerichtsſtandes.

156) Sintenis a. a. O. §. 5.

157) Terminus circumductus. Martin, Lehrb. S. 104.

158) Kleinſchrod, Einleitung in die Lehre von der peinl. Gerichtsbarkeit und dem Gerichtsſtande. Frankfurt 1812. Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 1, §. 36.

159) Ausnahmsweiſe ſind noch manche Patrimonialgerichte mit der Criminaljurisdiction bekleidet, wie z. B. in Preußen, Bayern und Mecklenburg. Mittermaier, Strafverf. Th. 1, S. 185.

160) Bei den Römern blieb lange die Anſicht herrſchend, daß die Criminalgewalt dem Volke zuſtehe. (Birnbaum, im Archive des crim. Rechtes Bd. 9, S. 418.) In Teutſchland war es aber nie zweifelhaft, daß dieſelbe ein Ausfluß der königl. Gewalt ſei (Kopp, Nachrichten von den heſſiſchen Gerichten Bd. 1, S. 233). Stübel, Criminalverfahren Bd. 1, §. 22, 37. Maurer, Geſchichte des öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens (Heidelberg 1824), §. 172. Schick, über das reichsſt. Inſtanzenrecht (Gießen 1802), §. 10.

Strafgerichtsbarkeit[161]) haben alſo in deſſen Namen zu handeln, zu unterſuchen und zu erkennen; er kann eine Unterſuchung niederſchlagen[162]), welches wieder nichts Anderes iſt, als die Erklärung, daß er im vorliegenden Falle nicht alle Conſequenzen des Strafgeſetzes in Vollzug treten laſſen will; ihm ſteht es aber endlich auch allein zu, die Rechtsfolgen eines Strafurtheiles zu mildern, oder gänzlich nachzulaſſen[163]), welches dann die Bedeutung hat, daß der Regent durch ſeine Richter die Wahrheit ermitteln und feſtſtellen läßt, um dem Geſetze und dem Volke die Genugthuung zu geben, daß kein Verbrechen ungerügt vorübergehen darf, daß aber dabei vorbehalten bleibt, den Ausſpruch der Gerichte, inſoweit er mit der Billigkeit und dem natürlichen Gefühle nicht im Einklange ſteht, im Wege der Gnade[164]) zu modificiren.

Anders geſtaltet ſich freilich die Sache, wo Geſchworne, d. h. temporär erwählte Bürger, über jede Criminalanklage zu entſcheiden haben[165]). Hier hat der Souverän zwar immer noch die oberſte Juſtizhoheit; aber das Recht der Judicatur hat er mit dem Volke getheilt[165a]), ſo daß dieſes die Thatfrage entſcheidet und den ſtändigen Richtern die Application des Geſetzes überläßt. Es iſt dieſes eine Theilung, ähnlich mit jener bei der Geſetzgebung in conſtitutionellen Staaten.

Man hat früher unterſchieden zwiſchen einer ordentlichen und außerordentlichen Strafgerichtsbarkeit (iurisdictio administratoria ordinaria seu extraordinaria). Die letztere wurde jedoch inzwiſchen, als dem Principe der Strafgerechtigkeit widerſprechend, mithin als verwerflich[166]) erkannt, weil die Entziehung einer Criminalſache aus dem Bereiche der regelmäßigen Criminalgewalt Eigenmacht und Willkür zur Folge haben kann. Doch wird dieſer ſtrenge Grundſatz nur auf das erkennende oder eigentliche Criminalgericht angewendet, und hinſichtlich des Unterſuchungsgerichtes zugeſtanden, daß auch eine andere richter-

---

161) Früher Saugrafen (gravio, comes), denen wieder die Zentgrafen (centenarii) untergeben waren. Müller, Lehrb. des gemeinen Criminalproz. (Braunſchweig 1837), S. 50. Maurer a. a. O. §. 53, 54.

162) Aem. Herrmann, de abolitionibus crim. Lips. 1834. v. Grolman, Grundſätze der Criminalrechtsw. §. 101, 525. — Vgl. jedoch bayer. Verfaſſungsurkunde v. 1818, Tit. 8, §. 4. Heſſiſche Verfaſſungsurkunde Art. 50.

163) Das ius aggratiandi. S. Heffter, Lehrbuch des teutſchen Criminalrechtes, 2. Aufl. (1840), §. 183—185.

164) v. Jagemann, in den Annalen der badiſchen Gerichte, Jahrgang 1837, S. 32.

165) Brewer, Geſchichte der franzöſ. Gerichtsverfaſſung (Düſſeldorf 1837), Bd. 2, S. 577—620, gibt eine ſehr vollſtändige Geneſis dieſes Inſtitutes.

165a) Die Aufhebung der Unterſuchung kann neben einer ſolchen Verfaſſung natürlich nicht beſtehen.

166) Die franzöſiſchen Prevotalgerichte (urſprünglich Militärgerichte für Inſubordination, Deſertion u. ſ. w. im Felde) ſcheinen den erſten Impuls zu den iudiciis extraordinariis gegeben zu haben. Brewer a. a. O. S. 486 flg. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 229.

liche Perſon[167]), als der ordentliche Inquirent[168]), kraft beſonderen Auftrages, die Unterſuchung führen darf, wenn nur die Unterſuchung nicht aus dem Sprengel des competenten Spruchgerichtes entrückt wird. Die Sache verhält ſich nämlich ſo: das Gericht, welchem das Endurtheil zuſteht, ſollte eigentlich die Unterſuchung führen, d. h. die Thatſachen und Beweiſe erheben, auf deren Grund es erkennen muß, ſo wie auch der Civilrichter den Prozeß, in welchem ihm das Urtheil zuſteht, ſelbſtſtändig inſtruirt. Da aber die Criminalgerichte, weil verhältnißmäßig weit weniger Verbrechen, als bürgerliche Rechtsſtreitigkeiten, vorkommen, nicht in gleichem Maße, wie die Civilgerichte, vervielfältigt werden, und auch nicht in große Entfernungen ſich verfügen können, um Unterſuchungen an Ort und Stelle zu pflegen: deßhalb werden den Criminalgerichten Unterſuchungsgerichte mit kleineren Bezirken[169]) untergeben, welche aber, nach der Natur der Sache, nur als im Namen der erſteren[170]) handelnd gedacht werden können und eben deßhalb auch Belehrungen und Zurechtweiſungen von denſelben annehmen, ja mitten im Laufe der Unterſuchung, auf Verlangen, die Acten vorlegen und bei den weiteren Schritten die ergehenden Verfügungen befolgen müſſen[171]). Wenn nun in einem einzlnen Falle das Criminalgericht, wegen perſönlicher Beziehungen oder beſonderer Wichtigkeit der Sache, einen außerordentlichen Unterſuchungsrichter aus einem benachbarten Bezirke oder aus dem Collegium ſelbſt committiren will, ſo kann dieß an ſich nicht verwehrt ſein; denn der ordentliche Richter, d. h. das Gericht, unter deſſen Autorität die Unterſuchung geführt und von welchem ſeiner Zeit das Urtheil gegeben wird, bleibt unverändert daſſelbe; nur iſt vorzuſorgen, daß eine ſolche

---

167) Dieſe Perſon kann nun wiederum ein Unterſuchungsbeamter, oder ein Mitglied des Criminalhofes ſein; das Weſentliche iſt nur die Untergebenheit unter das Gericht, dem das Urtheil zuſteht und welches daher auch die Wahrheit auf beſtmöglichem Wege zu erforſchen verpflichtet iſt.

168) Der Grund, warum dieſer umgangen wird, kann beſorgte Befangenheit, oder Kränklichkeit, oder eine für die Wichtigkeit des Falles nicht hinreichende Fähigkeit ſein. Man darf dabei nicht außer Augen laſſen, daß ein ganz anderes Verhältniß, als im Civilprozeſſe obwaltet. Während es hier nicht weiter darauf ankommt, ob durch die Parteivorträge der wahre Verhalt der Sache erſchöpft iſt, muß im Criminalverfahren alle Kraft und Geſchicklichkeit darauf verwendet werden, die ganze Wahrheit zu ermitteln; es wäre alſo von den Gerichtshöfen gar nicht zu verantworten, wenn ſie eine Unterſuchung von größerer Bedeutung in den Händen eines, wenigſtens dazu, unfähigen Beamten ließen.

169) Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 1, S. 187.

170) Sie werden zwar ſo gut wie die Spruchrichter unmittelbar vom Souverän angeſtellt; aber ſie ſind deßwegen doch blos Gehilfen der Gerichtshöfe, in deren Händen die eigentliche Criminalgewalt liegt.

171) Am zweckmäßigſten und am meiſten der Grundidee entſprechend hat man in Frankreich und Preußen die Sache eingerichtet, indem hier die Inquiſitoriate und dort die Instructionsrichter als eine Deputation ex gremio collegii zum Zwecke der Unterſuchung aufgeſtellt und mithin ſtets als zum Gerichte ſelbſt gehörend betrachtet werden. v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 5, S. 131. Richter, Handbuch des Strafverfahrens in den preuß. Staaten Bd. 2, S. 34 flg.

Maßregel blos als ſeltene **Ausnahme** und nicht ohne Kundmachung klar dafür ſprechender Gründe gebraucht werde, indem es immerhin Inconvenienzen nach ſich ziehen muß, Staatsuntergebene vor eine andere als die Localbehörde, mit der ſie bekannt und vertraut ſind [172]), zu verweiſen.

Die **Strafgerichtsbarkeit** umfaßt alſo das **Recht** der **Unterſuchung** und der **Entſcheidung**, ſo wie endlich auch der **Urtheilsvollſtreckung** [173]). Letztere wird, ebenſo, wie nach obiger Ausführung die erſtere, den beſtellten Inquirenten aufgetragen und blos das Erkenntniß [174]) ergeht unmittelbar vom Criminalgerichte. Anders iſt es in Ländern des franzöſiſchen Rechtes, wo ein Staatsprocurator beſtellt iſt [175]), der nicht nur die Anklage zu erheben, ſondern auch die Execution zu betreiben hat.

Der Strafgerichtsbarkeit correſpondirend muß nothwendig eine Verbindlichkeit, ſich derſelben zu unterwerfen, vorhanden ſein, und dieſe nannte man früher **Dingpflichtigkeit** [176]), welcher Ausdruck von neueren Schriftſtellern mit Recht wieder in Aufnahme gebracht wurde. Die Verbindlichkeit, vor dem Richter zu erſcheinen, iſt hier nämlich eine weit ſtringentere, als im Civilverfahren. Der Criminalinquirent iſt verpflichtet, alle **Zwangsmittel** [177]) aufzubieten, um zu dem Ziele der Erforſchung materieller [178]) Wahrheit zu gelangen, während der Civilinſtruent nur darauf bedacht ſein muß, daß ein jeder unter dem gehörigen **Präjudiz** geladen wird, d. h. daß die Formen gewahrt werden, ohne ſich darum zu kümmern, ob Folge geleiſtet wird, oder nicht. Eben deßhalb muß man es auch mit der Abgrenzung der Criminalgewalt um ſo genauer nehmen und keinerlei Analogien aus dem Civilrechte zulaſſen [179]).

---

172) Es macht bei der Unterſuchungsführung ſehr viel aus, ob der Inquiſit den Inquirenten zum erſtenmale ſieht, oder ſchon länger kennt. Im letzteren Falle unternimmt er es nicht ſo leicht wie im erſten, ſein Heil im Lügen zu ſuchen. v. **Jagemann**, Handbuch der gerichtl. Unterſuchungskunde Bd. 1, §. 274.

173) v. **Grolman**, Grundſätze der Criminalrechtswiſſenſchaft §. 408. **Henke**, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, §. 35.

174) Bekanntlich beſtand bis vor Kurzem auch in Criminalſachen der Gebrauch der Actenverſendung an Spruchcollegien, welcher jedoch durch **Bundesbeſchluß** vom November 1835 abgeſchafft wurde. Vgl. Archiv des Criminalrechtes (1837), S. 464.

175) **Mittermaier**, Strafverfahren Th. 1, §. 20.

176) **Ding** bedeutet ſo viel als Gericht. **Henke** a. a. O. §. 37, Anm. 1. **Müller**, Lehrbuch des Criminalproz. §. 53, Anm. 3.

177) **Tittmann**, Handbuch der Strafrechtsw., 2. Ausg., Bd. 3, §. 623.

178) Schon **Quiſtorp**, Grundſ. des peinlichen Rechtes Th. 2, §. 537, erkannte dieſen Standpunkt richtig, indem er ſagte: Die Pflicht des Richters geht nicht blos auf die Ausforſchung und Berichtigung derjenigen Umſtände, die zur **Beſtrafung** dienen, ſondern ſie erſtreckt ſich auch auf die Entdeckung derjenigen Umſtände, die zur **Vertheidigung** des Angeſchuldigten und zur Milderung der Strafe abzwecken.

179) **Müller**, Lehrb. des Criminalproz. §. 5, bemerkt treffend: Es bleibt jeder, der Natur ſeines Objectes wegen, im Civilprozeſſe geſtattete Einfluß der

Die Gerichtsſtände zerfallen auch hier wieder in **gemeine** und **privilegirte** (forum commune und forum privilegiatum seu exemtum).

A. Die gemeinen Gerichtsſtände ſind von dreierlei Art.

1) Der **Gerichtsſtand des begangenen Verbrechens**[180]) (forum delicti commissi).

Unſtreitig hat dieſer Gerichtsſtand das Meiſte für ſich, weil er die Möglichkeit einſchließt, die Materialien zur Unterſuchung ſchleunig und möglichſt erſchöpfend zuſammenzubringen und zu verarbeiten; denn die Erfahrung lehrt, daß eine jede Unterſuchung, die nicht am Orte der That geführt wird, langſamer vor ſich geht und in der Regel lückenhaft ausfällt. Durch Requiſitionen können Unterſuchungszwecke immer nur nothdürftig erfüllt werden, weil es dem requirirten Richter niemals möglich iſt[181]), ſich in die Lage der Dinge und den Plan des Hauptunterſuchungsrichters ſo lebhaft hineinzudenken, wie dieſer ſelbſt.

Es ſpricht aber für dieſen Gerichtsſtand noch der weitere Grund, daß ein Jeder, der eine Handlung begeht, deren Folgen nach den Geſetzen des Ortes, wo er ſich damals befand, zu leiden hat. Dieſes iſt hier nicht blos civilrechtlich, nicht als obligatio ex quasi-contractu[182]), oder ex quasi-delicto[183]) zu verſtehen, ſondern als allgemeinpolitiſcher Satz[184]).

So wurde auch die Sache ſchon im **römiſchen** Rechte[185]) angeſehen, indem dort das forum delicti commissi als Regel erklärt war. Eben ſo war die Anſicht des älteren **teutſchen** Rechtes[186]); allmälig aber gewann hier der Gerichtsſtand des Wohnſitzes das Uebergewicht[187]), indem es vielen Gerichtsherren unerwünſcht ſein mochte, die Transportkoſten zur Verbringung des entflohenen Angeklagten an den Ort der That

---

Privatwillkür und des **Verzichtes**, und beziehungsweiſe die **hierauf gebauten** Grundſätze für die richterliche und Parteienthätigkeit und für die, zur Herſtellung der Wahrheit zu gebrauchenden Mittel, in dem, auf rechtlicher **Nothwendigkeit** beruhenden Criminalprozeſſe **ausgeſchloſſen**.

180) **Rheden**, de loco delicti. Brem. 1717. **Kleinſchrod**, Einleitung in die Lehre von der peinl. Gerichtsbarkeit und dem Gerichtsſtande S. 122.

181) Einmal fehlt hier das unmittelbare Intereſſe am Fortgange der Unterſuchung; dann mangelt die Local- und Perſonalkenntniß, und endlich kann der requirirte Richter nie genau wiſſen, wie weit er in der Nachforſchung gehen ſoll. — v. **Jagemann**, Handb. der gerichtl. Unterſuchungskunde Bd. 1, §. 529—534.

182) **Böhmer** ad Carpzov Pract. rer. crim. Quaest. 110. obs. 2.

183) Hierüber wird im Adhäſionsprozeß entſchieden. **Mühlenbruch**, Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. 2, §. 325. P. G.-O. Art. 11, 207, 208.

184) Es iſt am natürlichſten, daß da, wo die Strafgeſetzübertretung **begangen** wurde, auch die Unterſuchung über die **Art** und **Weiſe** der Begehung geführt werde.

185) Am **vollſtändigſten** führt die Quellenzeugniſſe auf **Martin**, Lehrb. des Criminalprozeſſes, 4. Ausg. (1836), §. 36, Anm. 2.

186) Capitul. Reg. Francor. Lib. VII. cap. 365. — Sachſenſp. B. 1, Art. 59.

187) **Zachariä**, Grundlinien des Criminalproz. (Göttingen 1837), gibt im §. 41 eine Ueberſicht der neueren Geſetzgebung über dieſen Punkt.

aufzuwenden und anderentheils die Richter am Gerichtsſtande des Wohnſitzes die damals häufig auferlegten und ihnen zukommenden Geldbußen ſich nicht gern entgehen laſſen mochten [188]).

Hier wird übrigens noch die Frage praktiſch, an welchem Orte ein Verbrechen als verſucht, oder als vollbracht anzuſehen iſt. Am richtigſten iſt wohl der Grundſatz, daß derjenige Ort maßgebend ſei, wo die letzte zum Thatbeſtande des Verbrechens gehörende Handlung des Hauptthäters geſchehen iſt. Denn man kann ſich eine unerlaubte That nicht eher als Gegenſtand der Strafjuſtiz denken, als bis ſo viel Momente freier Handlung zuſammen gekommen ſind, daß der Thatbeſtand eines Verbrechens in Erfüllung [189]) getreten iſt und zwar beim Verſuche mit der Beſchränkung, welche hier das Geſetz gezogen hat.

Damit wäre denn auch die an und für ſich nicht ſonderlich praktiſche Streitfrage entſchieden, wo der Gerichtsſtand eines auf der Grenze zwiſchen zwei Bezirken begangenen Verbrechens ſei [190]). Auf den Standpunkt des Thäters, d. h. alſo desjenigen, von welchem die geſetzwidrige Handlung und deren Wirkung ausgeht, kommt es an, und wenn dieſer z. B. durch einen Schuß den weit über der Grenze ſtehenden Feind niederſtreckt, ſo iſt zwar für den Anfang, ſo lange man nämlich keinen Beweis gegen den Thäter hat, der Gerichtsſtand des Ortes, wo der Leichnam gefunden wird, begründet; aber es ändert ſich die Sache, ſo wie der Thäter aufgegriffen und ſein damaliger Standpunkt ermittelt iſt.

Bei fortgeſetzten Verbrechen erſcheint derjenige Ort, wo die zuſammenhängenden Handlungen beſchloſſen [191]) wurden, als forum delicti commissi; wogegen beim wiederholten Verbrechen eben ſo

---

188) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 251.

189) Die L. 1. C. ubi de crim. (3. 15.) gab zu dieſer Controverſe Anlaß. Sie lautet ſo: Quaestiones eorum criminum, quae legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissa vel inchoata sunt, vel ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere, satis notum est. — Es iſt hiernach der Fall zu unterſcheiden: 1) wo blos ein verſuchtes, 2) wo ein vollendetes, 3) wo mehrere verſuchte und 4) wo mehrere vollendete Verbrechen concurriren. Da nun die crimina commissa im Geſetze vorangeſtellt ſind, ſo geht auch der Gerichtsſtand der Vollendung dem des Verſuches überall vor; wo aber mehrere Verſuche concurriren, ſo iſt der Gerichtsſtand des letzten Verſuches naturgemäß entſcheidend, weil ſich hier der Begriff des fortgeſetzten Vergehens zur qualificirten That geſtaltet; daneben kann aber der Gerichtsſtand der Ergreifung (ubi reperiuntur) allen Gerichtsſtänden zuvorkommen. S. übrigens eine andere Auslegung dieſer Geſetzesſtelle von Birnbaum im Archive des Criminalrechtes Bd. 8, S. 690.

190) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 255, bemerkt allerdings mit Recht: daß der Hang der Rechtslehrer zur Caſuiſtik die Erörterung dieſer Frage herbeigeführt habe; denn praktiſch wird ſie kaum jemals in ſolcher Schärfe hervorgetreten ſein und wenn es einmal der Fall wäre, ſo wird ſich nicht leicht ein Streit um den Gerichtsſtand daran knüpfen.

191) Das heißt alſo: da, wo die letzte aus einem verbrecheriſchen Antriebe hervorgegangene That verübt wurde. Mittermaier, in Demme's fortgeſ. Annalen der Criminalrechtspflege Bd. 1, S. 8 flg.

viel Gerichtsſtände ſind[192]), als bei der That der Ort gewechſelt wurde. Dem letzteren Satze widerſpricht übrigens die Praxis und die neuere Geſetzgebung, wonach ebenfalls der Gerichtsſtand des Ortes der letzten That[193]) competent ſein ſoll.

Aehnlich geſtaltete ſich das Verhältniß der Haupt= und Nebentheilnehmer[194]) eines Verbrechens zur Lehre von der Competenz. Während man früher zweifelhaft war, ob nicht für jeden derſelben der Gerichtsſtand gelte, in deſſen Bezirke er ſeine Mitwirkung an den Tag legte, vereinigen ſich die neueren Geſetzgebungen[195]) meiſtens dahin, daß alle demjenigen Gerichtsſtande unterliegen, in deſſen Bezirke die Haupthandlung, d. h. die That, wodurch das eigentliche Verbrechen conſummirt erſcheint, verübt wurde. Wirklich dürfte auch dieſe Anſicht am ſachgemäßeſten ſein; denn man muß ſich eine That, zu welcher Mehrere mitwirkten, als ein Ganzes[196]) denken, und es würde daher widerſprechend ſein, die Beſtandtheile der That nach dem zufälligen Auseinanderliegen der agirenden Perſonen zu zerreißen, und die Unterſuchung in verſchiedene Gerichte zu verweiſen. Der losgeriſſene Theil kann möglicher Weiſe gar nicht den Thatbeſtand eines Verbrechens erfüllen, während er als Beitrag zu der Geſammthandlung ein nothwendiges Mittelglied bildet und mithin relativ ſehr ſtrafbar erſcheint. Wenn z. B. A. auf briefliche Beſtellung des entfernt wohnenden B. einen Prägſtock zur Falſchmünzerei[197]) machte und dieſer mit dem C. wieder an einem anderen Orte die Metallcompoſition fabricirte und ſolche nach Hauſe verbrachte, wo er dann die falſchen Münzen allein verfertigte und wenn er darauf dem D. und E., von denen jeder wieder in einer anderen Gegend wohnt, das betrügeriſche Geld zur Verpartirung überſchickte, letztere aber darüber auf der That betreten wurden, ſo iſt für alle fünf Perſonen, ſo lange keine Verhaftung eintrat, gewiß kein anderer Gerichtsſtand begründet, als der, wo

---

192) Spangenberg, in ſeiner Abhandlung: Ueber die Unterſuchung der in mehreren Gerichtsbezirken begangenen Verbrechen, im Archive des Criminalrechtes Bd. 10, S. 141 flg., meint, daß bei ſolcher Concurrenz entſcheidend ſei, wo das ſchwerſte Verbrechen begangen wurde.

193) Preußiſche Criminalordnung §. 77, Nr. 2. Kleinſchrod, Lehre von der peinlichen Gerichtsbarkeit S. 126.

194) Zu den erſteren gehören die phyſiſchen und Intellectualurheber; zu den letzteren die Gehilfen, Beiſtänder und Begünſtiger. Heffter, Lehrbuch des Criminalrechtes, 2. Aufl. (Halle 1840), §. 82—84.

195) Baier, Strafgeſetzb. Bd. 2, Art. 24. Württemb. Edict. v. 1818 S. 207. Sächſiſche Verordn. v. 7. Febr. 1820 §. 6. Hannov. Entw. Art. 34.

196) Luden, über den Thatbeſtand des Verbrechens (Göttingen 1840), bemerkt S. 260 in dieſer Beziehung: Im Falle einer Theilnahme haben zwar diejenigen, deren verbrecheriſche Handlungen durch einen Anderen veranlaßt waren, ebenfalls ein Verbrechen begangen; allein ihre Handlungen erſcheinen zugleich als die Handlung deſſen, der ſie zu denſelben veranlaßt hatte.

197) Bei dieſem Verbrechen kommt eine Mehrheit von Theilnehmern am häufigſten vor, weil es nicht nur ſorgfältige Vorbereitung, ſondern auch Unterſtützung zur Ausführung und zum Genuſſe der Früchte erfordert.

die Haupthandlung, nämlich die Fälſchung ſelbſt, durch B. vollzogen wurde.

2) Der Gerichtsſtand des Wohnortes (forum domicilii) war zwar bei den Römern zur Zeit der Republik herrſchend[198]), wurde aber im ſpäteren Criminalrechte nicht mehr förmlich anerkannt[199]), ſondern es kommen darüber blos zweifelhafte Stellen[200]) vor. Die teutſche Geſetzgebung führte ihn jedoch ausdrücklich ein[201]).

Der Begriff des Wohnſitzes iſt auch hier von der Hauptniederlaſſung abhängig und zwar mit der Erweiterung, daß auch ausländiſche Dienſtboten und Geſellen nach dem Wohnorte ihres Herrn und Meiſters beurtheilt werden.

In vielen Fällen muß es den Behörden ſo wie den Angeſchuldigten gleich erwünſcht ſein, von dieſem Gerichtsſtande Gebrauch zu machen, theils weil die perſönlichen und ökonomiſchen und ſocialen Verhältniſſe des letzteren, welche oft auf eine richtige Beurtheilung der That ſo weſentlichen Einfluß haben, nirgendwo beſſer bekannt ſein können, theils aber auch, weil die Transport- und Reiſekoſten an den, vielleicht ſehr entfernten, Ort des begangenen Verbrechens dabei zu erſparen ſind[202]). Es wird von dieſem Gerichtsſtande beſonders dann die Rede ſein, wenn Jemand ein Verbrechen im Auslande beging und ſich nach Hauſe flüchtet. Die Auslieferung[203]) an das ausländiſche forum delicti commissi gehört überall zu den geſetzlichen Ausnahmen[204]) und es iſt daher Pflicht des Wohnſitzgerichtes die That zu unterſuchen und zu beſtrafen.

Die Natur der Sache bringt es übrigens mit ſich, daß ein Gerichtsſtand des Wohnortes nicht eher zur Unterſuchung ſchreiten kann, als bis ihm der Thatbeſtandsbeweis anderswoher geliefert, und hiernach bereits eine beſtimmte Perſon in Anſchuldigungsſtand verſetzt werden kann.

3) Der Gerichtsſtand der Ergreifung (forum deprehensionis[205])) wird an dem Orte als begründet erkannt, wo ein Verbrecher zufällig betroffen[206]) und zur Haft gezogen wird. Es kommt alſo weder

---

198) Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. §. 43. Die altrömiſche Civität brachte es mit ſich, daß jeder angeklagte Bürger von den Gerichten ſeines wirklichen oder fingirten Urſprungsortes gerichtet wurde; es war daher auch in Rom eigentlich ein forum originis. Vgl. oben Note 83.

199) Martin, Lehrb. des Criminalproz. §. 37.

200) Zachariä a. a. O.

201) Sachſenſp. B. 1, Art. 58, B. 3, Art. 25, 33. Schwabenſp. Cap. 3 u. 74, §. 9. Reichsgutachten v. Juli 1668.

202) Ueber die Gründe der hiſtoriſch-praktiſchen Ausbildung dieſes Gerichtsſtandes ſ. beſonders Henke a. a. O. §. 39.

203) S. hierüber Abegg, Lehrb. des Criminalproz. (Königsberg 1833), S. 78, Anm. 33.

204) Wo nicht etwa Staatsverträge ganz unzweifelhaft den Unterſuchungsbeamten das Recht und die Pflicht zur Auslieferung zuweiſen, mögen dieſelben nie ohne Einwilligung der Oberbehörden ſich dazu verſtehen. Mittermaier, das teutſche Strafverf. Th. 1, S. 277.

205) Die Literatur vollſtändig bei Zachariä a. a. O. §. 44.

206) Durch Verhaftung mittels Requiſition kann dieſer Gerichtsſtand nicht begründet werden. Martin, Lehrb. des Criminalproz. §. 38.

darauf an, wo die That geſchehen, noch von wo der Thäter her iſt, ſondern es genügt damit, daß ein Gericht officielle Kenntniß von dem Thatbeſtande und dem Verdachte der Thäterſchaft habe[207]), auch Mittel und Wege wiſſe, um die darüber ſprechenden Acten von anderen Gerichtsſtänden, ſei es des Wohnortes oder der begangenen That, zu erhalten.

Das römiſche Recht thut dieſes Falles nur beiläufige Erwähnung[208]), während die teutſchen Reichsgeſetze ihn allgemein beſtätigen[209]). Damals war derſelbe freilich eine politiſche Nothwendigkeit; jetzt aber wird nicht leicht Jemand demſelben das Wort reden[210]), weil unverkennbar eine gewiſſe Voreiligkeit darin liegt, daß ein Gericht, welches weder zur That noch zum Thäter in irgend einer Beziehung ſteht, den letzteren vor ſeine Schranken zieht, auch heutzutage nicht mehr leicht zu beſorgen iſt, daß Verbrechen, wenn ſie nicht von demjenigen Gerichte, dem der Thäter gerade in die Hände fällt, gerügt werden, ſtraflos bleiben würden.

B. Einen privilegirten Gerichtsſtand in Strafſachen haben anzuſprechen: 1) die Geiſtlichen, 2) die Militärperſonen und 3) die akademiſchen Bürger[211]), jedoch in unſeren Tagen meiſtentheils nur noch mit großen Beſchränkungen; unbedingt aber 4) die Mitglieder regierender Häuſer, 5) die Grund- und Standesherren[212]), ſo wie 6) die höheren Staatsbeamten[213]), welche alle das Vorrecht haben, ein Gericht von Ebenbürtigen (iudicium parium)[214]) zur Aburtheilung der ihnen angeſchuldigten Verbrechen zu verlangen.

Die Geiſtlichen können ſchon um deswillen in Teutſchland nicht mehr vor geiſtliche Strafgerichte[215]) gezogen werden, weil ſolche faſt überall nicht mehr exiſtiren. Nur höhere Geiſtliche, etwa Biſchöfe und Prälaten, welche überhaupt nicht ohne Specialbefehl des Souveräns[216])

---

207) Der Grund liegt darin, daß der teutſche Unterſuchungsrichter immer im Namen des Staatsoberhauptes und im allgemeinen Intereſſe der Gerechtigkeit und Rechtsordnung zu handeln und mithin auf keinen beſonderen Impuls zu warten hat. Bauer, Lehrbuch des Strafprozeſſes (Göttingen 1835), §. 217.

208) In der oben Note 189 citirten Lex.

209) Landfrieden von 1548 Art. 16. Reichsabſch. von 1559 Art. 26. Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 23, §. 2.

210) Almendingen, in der Biblioth. für peinliche Rechtsw. Bd. 3, S. 47. Kleinſchrod, im alten Archive des Criminalrechtes Bd. 7, S. 384.

211) Quiſtorp, Grundſätze des peinl. Rechtes Bd. 2, §. 583—585.

212) Rheinbundesacte Art. 28 u. Bundesacte Art. 14. Preuß. Criminalordn. §. 251, 255. Bayer. Strafgeſetzb. B. 2, Art. 28.

213) Die Miniſterien conſtitutioneller Staaten haben wegen Anklage auf Verfaſſungsverletzung vor einem, faſt überall anders zuſammengeſetzten, Staatsgerichtshofe Recht zu nehmen.

214) Weisse, de iudicio parium in causis crim. Lips. 1828.

215) Schon das Concil. Trident. Sess. XXIII. de reform. cap. 6. unterſtellte die Geiſtlichen in Bezug auf eigentliche crimina den ordentlichen Richtern.

216) So wenig Staatsdiener ohne die Genehmigung der höchſten Aufſichtsbehörden in Criminalunterſuchung gezogen werden dürfen, ſo wenig kann ein

in Unterſuchung gezogen werden können, dürften etwa noch heutzutage, wo nicht das Gegentheil geſetzlich ausgeſprochen iſt, nach Analogie der Pairs[217]) ein privilegirtes Strafgericht in Anſpruch nehmen.

Die Militärgerichte[218]) (Auditorate und Kriegsgerichte) urtheilen bei uns überall noch über niedere Vergehen und Verbrechen der Soldaten, verweiſen aber die Unterſuchung und das Erkenntniß über ſchwerere Verbrechen in manchen Staaten an die gemeinen Landesgerichte[219]), weil in ſolchem Falle der Soldat des Privilegiums nicht mehr würdig gehalten und ſchon vor dem Erkenntniſſe aus dieſem Ehrenſtande ausgeſtoßen wird[220]).

Nicht minder iſt die akademiſche Strafgerichtsbarkeit[221]) des Univerſitätsgerichtes und Senates jetzt nur noch[222]) auf niedere Vergehen, oder eigentlich nur Polizei- und Disciplinarvergehen beſchränkt und es werden die Acten in Betreff eigentlicher Verbrechen von dem Univerſitätsgerichte an den gemeinen Strafgerichtshof zur Entſcheidung vorgelegt.

Von ſachlich privilegirten Gerichtsſtänden[223]) (forum privilegiatum ratione rei im Gegenſatze des fori privilegiati ratione personarum) ſollte wohl in unſeren Zeiten gar nicht mehr die Rede ſein. Man verſtand früher darunter den kirchlichen oder militäriſchen Gerichtsſtand, welcher auch für Nichtgeiſtliche[224]) und Nichtſoldaten[225]) in ſolchen Fällen competent war, wo ein Verbrechen gegen die Kirche oder gegen den Militärſtand begangen war, und man führte als Grund gewöhnlich an, daß die gemeinen Gerichte die hierbei obwaltenden beſonderen Verhältniſſe nicht zu erkennen vermöchten; welches aber offenbar nur ein Vorwand war, um die Specialgewalt dieſer Staaten im Staate zu vergrößern.

Das Einzige, was hiervon übrig geblieben, iſt das ſogen. Standrecht, welches von dem im Felde ſtehenden Militär gegen alle Perſonen, die ſich gegen die Kriegsgeſetze oder überhaupt gegen die Kriegszwecke

---

Diener der Kirche ohne weitere Anfrage von den niederen Behörden aufgegriffen werden.

217) Als personae illustres. Quiſtorp a. a. O. §. 586.

218) L. 9. D. de cust. et exhib. reor. (48. 3.): De militibus ita servatur, ut ad eum remittantur, si quid deliquerint, sub quo militabant. Cf. L. 2. D. de re milit. (49. 16.) Nov. 8. c. 12.

219) Chauveau et Hellie, thèorie du Code pénal T. I. p. 53. 60.

220) Im Felde werden natürlich alle Verbrechen der Soldaten vom Kriegsgerichte abgeurtheilt. S. übrigens die Eintheilung der Militärgerichtsbarkeit bei Cavan, Anweiſung zu Criminalprozeſſen bei Civil- und Militärgerichten (Berlin 1805), §. 9—51.

221) Man hat verſucht, dieſelbe auf die Auth. Habita Cod. Ne filius pro patre (4. 13.) zurückzuführen. Vgl. aber L. 2. C. de privil. schol. (12. 30.)

222) Vermöge Bundesbeſchluſſes v. 13. Nov. 1835 Art. 13.

223) Tittmann, Handb. der Strafrechtsw., 2. Aufl., Bd. 3, §. 636. Abegg, Lehrb. des Criminalproz. §. 58.

224) Böhmer, ius eccles. prot. Lib. II. tit. 2. §. 32.

225) Reiterbeſtallung v. 1570 §. 40. Reichsabſchied v. 1641 §. 47.

verfehlen, ausgeübt wird[226]), welches aber den Namen eines Rechtsverfahrens eigentlich gar nicht verdient.

Ueberhaupt ſind die ſämmtlichen Strafgerichtsprivilegien um ſo ſtricter zu handhaben[227]), als es in dieſem Gebiete, wo der reine Menſch und niemals die ſeinem Stande anklebenden Rechte und Verbindlichkeiten Gegenſtand der Beurtheilung ſind, und als es fernerhin oft zu großen Inconvenienzen Anlaß gibt, wenn über eines und daſſelbe Verbrechen von verſchiedenen Gerichten die Unterſuchung geführt werden muß; denn jeder Practiker wird beſtätigen, daß es der ſchleppendſte und unzweckmäßigſte Geſchäftsgang iſt, welcher von ſogen. gemiſchten Unterſuchungscommiſſionen[228]) eingehalten wird; wie dieß beſonders in Fällen vorkommt, wo zugleich Civil- und Militärperſonen als Angeſchuldigte erſcheinen. Es wäre hier ein Geſetz zu wünſchen, wonach für den einzelnen Fall das Civil- oder Militärgericht allein für competent erklärt werden dürfte.

Zum Theil wird auch noch ein außerordentlicher[229]) Criminalgerichtsſtand[230]) für den Fall aufgeführt, daß der Angeſchuldigte den ordentlichen Richter abgelehnt[231]), und der Oberrichter darauf einen anderen Richter beſtellt hat. Die Recuſation findet nämlich jedesmal ſtatt, wenn der Angeſchuldigte mit Gründen darthut, daß ſein ordentlicher Richter gegen ihn feindſelig oder voreingenommen iſt. Es kann ſogar von Amtswegen ein außerordentlicher Richter ernannt werden, wenn der ordentliche umgekehrt als ein naher Freund oder Verwandter

---

226) Oeſterreich. Geſetzb. Th. 2, Cap. 16. Baier. Geſetzb. Th. 2, Tit. 8, Art. 441 flg. Ludovici, Einleitung zum Kriegsprozeſſe Cap. 7.

227) In neuerer Zeit wird den Kirchenbehörden nur das rein geiſtliche Correctionsrecht zugeſtanden. Henke, Handbuch Bd. 4, S. 280. Ueber die bei der Militärgerichtsbarkeit eingetretenen Beſchränkungen ſ. Mittermaier, das teutſche Strafverf. Th. 1, S. 303.

228) Preuß. Criminalordn. §. 78, 79. Bayer. Strafgeſetzb. Art. 27. Kurheſſiſches Geſetz v. 1. Oct. 1834. Cavan, Anweiſung zu Criminalprozeſſen §. 26.

229) Nicht zu verwechſeln mit der oben berührten außerordentlichen Strafgerichtsbarkeit, d. h. dem Falle, wo für einzelne Fälle ganz neue urtheilende Behörden geſchaffen werden ſollen, welche als Werkzeuge der Willkür behandelt werden könnten.

230) Die Zollgerichte, welche in den Zollvereinsſtaaten errichtet wurden, kann man keine ſachlich privilegirte fora nennen, indem die ordentlichen Landesgerichte dadurch nur einen anderen Namen erhalten haben, übrigens aber in gewohnter Weiſe verfahren und erkennen. Die ſummariſche Vorunterſuchung iſt allerdings den Zolladminiſtrationsbehörden überlaſſen; allein ſie dürfen nur unter dem Vorbehalte, daß der Denunciat ſich nicht einer gerichtlichen Unterſuchung unterziehen will, Strafen ausſprechen. — In gleicher Weiſe verhält es ſich mit der, in manchen Ländern noch in den Händen der Forſtämter befindlichen, Forſtfrevelthätigung.

231) A. Schulting, de recusatione iudicis suspecti. Lugd. Batav. 1714. Wildvogel, de recus. iudicis eiusque usu et abusu. Jenae 1724. Seuffert, von dem Rechte des peinlich Angeklagten, ſeinen Richter auszuſchließen. Nürnberg 1787. A. Apell, de remediis et causis recusandi iudicem. Erf. 1793.

des Angeklagten bekannt iſt. Mit der Nachweiſung der Recuſationsgründe darf man es zwar nicht leicht nehmen, weil ſonſt die Organiſation der Gerichte ganz illuſoriſch werden könnte; auf der anderen Seite würde es aber auch zu weit gehen, wenn man einen förmlichen Beweis [232]) verlangen wollte; es genügt vielmehr eine Beſcheinigung im juriſtiſchen Sinne.

Streitig iſt übrigens, ob einer Ablehnung auch wegen behaupteter, phyſiſcher oder moraliſcher, Unfähigkeit des Richters Folge gegeben werden könne oder müſſe [233]). Nimmt man das Aemterrecht der Krone im ſtrengſten Sinne, ſo läßt ſich freilich gegen einen ſolchen Antrag anführen, daß ein Jeder, der vom Regenten zu einer Stelle berufen iſt, ſo lange, als er in Amt und Würde belaſſen wird, die Rechtsvermuthung für ſich habe, daß er ſeinem Amte gewachſen ſei [234]); aber es können doch, und beſonders in einem großen Staate, Fälle vorkommen, wo einzelne Richter den bei der Anſtellung von ihnen gehegten Erwartungen keineswegs entſprechen, oder nach längerer Dienſtzeit ſo ſtumpf und oberflächlich werden, daß man ihnen nicht mehr gern ein wichtiges Geſchäft anvertrauen mag.

Für ſolche Fälle [235]), zumal wenn ſie durch ärztliche oder ſonſtige Zeugniſſe gehörig wahrſcheinlich [236]) gemacht ſind, iſt ohne Zweifel eine innere Nothwendigkeit vorhanden, entweder ſchleunig einen anderen Dienſtverwalter zu ernennen, oder für die Sache des aufgetretenen Bittſtellers einen benachbarten Richter zu committiren.

Ein Gerichtsſtand der materiellen [237]) Connexität (forum connexitatis causarum, oder forum ex identitate fundamenti [238])) dürfte im Criminalrechte nur alsdann begründet ſein, wenn

---

232) Es würde ſogar der Schicklichkeit widerſtreiten, ein ſolches Probationsverfahren einzuleiten, weil es indirect eine Anklage wegen Dienſtvergehen in ſich ſchließen könnte.

233) Sehr richtig bemerkt Henke, Handbuch Bd. 4, S. 284: Was von der Recuſation der iudices selecti des älteren römiſchen Rechtes oder der Geſchwornen der neueren Zeit gilt, leidet keine unbedingte Anwendung auf die rechtskundigen Mitglieder ſtehender Gerichtshöfe.

234) L. 2. C. de offic. iud. civ. (1. 45.) Nov. 17. cap. 3.

235) Quiſtorp, Grundſ. des peinl. Rechtes Bd. 2, §. 540, zählt als Hauptablehnungsgründe auf: die exceptiones iudicis suspecti, inhabilis, non iurati, imcompetentis, iudicii non rite constituti et iurisdictionis non fundatae. Die letzteren beiden gehören aber nicht hierher.

236) Vollen Beifall verdient es, wenn Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 47, Nr. 8, den Perhorrescenzeid, als nirgends in Geſetzen gegründet, unbedingt verwirft. Es ſollte jetzt davon eben ſo wenig mehr, als vom Gefährdeeide im Civilprozeſſe die Rede ſein.

237) Das forum bei einer ideellen Concurrenz kann der Natur der Sache nach immer nur eines ſein. Mittermaier, das teutſche Strafverf. Th. 1, S. 307.

238) Henke, Handb. Bd. 4, S. 286, iſt gegen die Annahme dieſes Gerichtsſtandes. Ebenſo Mittermaier a. a. O. S. 306. Nirgends kann aber ein verbietendes Geſetz nachgewieſen werden, und es liegt doch unbeſtreitbar im Zwecke des Unterſuchungsprincipes, Einheit und Raſchheit in der Wahrheitserforſchung zu begünſtigen.

der Anſchuldigungsgrund gegen mehrere Verbrecher nicht nur ein gleicher iſt, ſondern im Zuſammenhange einer und derſelben That wurzelt, wo alſo ſämmtliche Angeklagte als Mitſchuldige zu betrachten ſind, wo dann aber auch eigentlich nichts anderes als das forum delicti commissi, nämlich der Gerichtsſtand des Ortes, wo die Haupthandlung geſchah, vorliegt. — Manche zählen hierher auch die Connexität des Civilentſchädigungspunktes, wovon aber bereits oben das Nöthige geſagt wurde.

Noch iſt zu erörtern, wie die Colliſion der vorgenannten Gerichtsſtände[239]), d. h. die gleichzeitige Geltendmachung der Zuſtändigkeit für einen einzelnen Fall von Seiten mehrerer Gerichtsſtände geſchlichtet werden ſoll. Es kann ſich ereignen, daß z. B. ein Menſch außerhalb ſeines Wohnortes ein Verbrechen beging und an einem dritten Orte aufgegriffen wird. Die drei Gerichtsſtände des Wohnortes, der begangenen That und der Ergreifung concurriren hier und zwar alle mit gleichen Rechten[239a]). Würde mit denſelben ferner noch ein privilegirter Gerichtsſtand concurriren, ſo wäre die Colliſion am ſchnellſten gehoben, indem der letztere, als auf einem ius singulare beruhend, unbedingt vorgeht[240]). Ebenſo würde die Bewilligung eines außerordentlichen Gerichtsſtandes jeden ordentlichen in den Hintergrund ſtellen.

Wenn die Particulargeſetzgebung Beſtimmungen darüber enthält, welcher von den gemeinen Gerichtsſtänden im Concurrenzfalle dem anderen vorgehen ſoll, ſo kommt es in der Praxis nur noch darauf an, von welcher Seite und mit welchen Gründen Competenzanſprüche[241]) gemacht werden, und dieſe werden dann entweder durch unmittelbare Erörterung oder durch Beſcheid der Obergerichte nach den gegebenen Normen erledigt. Wo aber dergleichen Fragen nach dem gemeinen Rechte zu löſen ſind, da muß man eine andere Entſcheidungsnorm ausſuchen, weil die Reichsgeſetze[242]) über Priorität gar Nichts[243]) enthalten. Auch aus der Criminalpolitik kann kein Grund des Vorzuges für den einen oder anderen Gerichtsſtand hergenommen werden, indem es bei der Pflicht

---

239) Vgl. was oben bei Gelegenheit des fori del. comm. über Theilnehmer geſagt wurde.

239a) Tittmann, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 3, §. 646. Wie ſchwierig man in älteren Zeiten die Sache anſah, beweiſt der Titel der Dissert. von Melchior, de concurrentium iurisdictionum labyrintho. Giessae 1682.

240) Abegg, Lehrb. des Criminalproz. §. 60. Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 42. Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 65.

241) Die Regel iſt ſogar, daß concurrirende Gerichtsſtände negative Competenzconflicte erheben und die Unterſuchung nicht eher führen, bis ſie den Befehl dazu erhalten. Dieſer umgekehrte Fall iſt in unſerer Prozeßliteratur viel zu wenig, ja zum Theil gar nicht berückſichtigt. Vgl. bayer. Strafgeſetzb. I, Art. 22. Hannov. Entw. Art. 23.

242) Das römiſche Recht kannte eine ſolche Streitfrage gar nicht, weil das forum delicti commissi als allgemeine Norm an die Spitze geſtellt war. Abegg a. a. O. S. 87. Henke a. a. O. S. 293.

243) Vgl. Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. §. 51, 52.

der Gerichte, jedes Verbrechen von Amtswegen zu verfolgen, jederſeits Billigung verdient, wenn alle competenten Behörden zugleich dem verletzten Strafgeſetze Genugthuung zu verſchaffen ſuchen. Eben darin iſt aber auch der Schlüſſel zur Löſung vorkommender Zweifel zu finden. Dasjenige Gericht, welches die erſten Maßregeln ergriff, um den muthmaßlichen Thäter in ſeine Gewalt und zur Strafe zu bringen, muß dafür, daß es am ſchleunigſten eingeſchritten iſt, den Vorzug vor allen anderen erhalten[244]); denn daſſelbe hat dem Intereſſe der Strafgerechtigkeit am beſten entſprochen. Der Gerichtsſtand, welcher ſolchergeſtalt die Priorität unter mehreren concurrirenden Gerichten erlangt, wird in der Rechtsſprache der prävenirende[245]) genannt, und ſobald die Prävention actenmäßig nachgewieſen iſt, haben ſich die anderen Gerichte zu beruhigen und aller weiteren Unterſuchungshandlungen, inſoweit ſie nicht dazu requirirt werden, zu enthalten[246]).

Durch welcherlei Handlungen die Prävention begründet wird, iſt wiederum beſtritten[247]). Die richtigere Anſicht dürfte wohl die ſein, welche nicht unbedingt jedes Decret und jeden mündlichen Befehl, wodurch auf einen noch ungewiſſen Thäter gefahndet wird, dafür gelten läßt, ſondern verlangt, daß eine förmliche Ladung[248]) oder Verfolgungsmaßregel, wie Steckbriefe, Nacheile, Güterbeſchlag oder Verhaftung, gegen eine beſtimmte Perſon verhängt worden ſei; denn nur erſt in dieſem Stadium kann man von Unterwerfung eines Angeſchuldigten unter dem Gerichtszwang eines Inquitenten ſprechen. Die Verbringung eines Verdächtigen in proviſoriſche Haft[249]) darf daher, ſo lange nicht derſelbe förmlich in Anſchuldigungsſtand verſetzt wird, wohl ebenfalls keine Prävention begründen.

Ueber die Concurrenz von in- und ausländiſchen Gerichtsſtänden[249]) können nur beſondere Staatsverträge[251]) die zu befolgenden Grundſätze an Handen geben. Meiſtentheils verfährt die Praxis in der Art, daß 1) Inländer niemals an das concurrirende Gericht im Aus-

---

244) Henke, Handbuch Bd. 4, S. 294.

245) Mittermaier, das teutſche Strafverf. Th. 1, §. 58.

246) Ganz in Wahrheit gegründet iſt, was Abegg, a. a. O. §. 61, ſagt: Die gleiche Thätigkeit mehrerer Behörden würde eben ſo ſehr wie deren Unthätigkeit ſtörend für die Zwecke der Rechtspflege ſelbſt ſein.

247) Böhmer ad Carpzov., pract. rer. crim. quaest. 110. obs. 10. Quiſtorp, Grundſätze des peinl. Rechtes §. 574. Mathaeus, de crim. L. 48. t. 13. §. 5.

248) Nicht das Erkenntniß der Specialinquiſition iſt gerade nöthig, ſondern, wie Mittermaier, a. a. O. S. 312, ſagt: eine Handlung, welche die Stellung des Angeklagten vor Gericht bezweckt.

249) Wie z. B. wenn alle am Orte der That Betretenen, bis zur Ausmittelung der wahrſcheinlichen Theilnehmer, in Verwahrung gebracht wurden und ein anderes Gericht einen Tag ſpäter die wahren Thäter ausfindig macht und feſtſetzt. Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 75, Ziff. 4.

250) S. hierüber beſonders Mittermaier, Strafverfahren Th. 1, §. 59. Abegg, Lehrbuch §. 63. Müller, Lehrb. §. 68. Bauer, Lehrb. §. 43.

251) S. Zachariä, Grundlinien §. 53, wo auch die Literatur dieſer Lehre vollſtändig zu finden iſt.

lande[252]), dagegen 2) Ausländer, die politiſchen Verbrecher ausgenommen[253]), immer an die requirirende Behörde, der ſie untergeben ſind, ausgeliefert werden.

Ludwig von Jagemann.

Gerichtsbarkeit, geiſtliche. — Der Ausdruck iurisdictio ecclesiastica bezeichnet im kirchenrechtlichen Sinne die ganze kirchliche Verwaltung, iſt alſo gleichbedeutend mit potestas ecclesiastica. Dieſe Gewalt iſt ihrem Gegenſtande nach eine dreifache, indem ſie ſich auf das Lehramt, die Austheilung der Sacramente und die Regierung bezieht (potestas magisterii, ministerii und iurisdictionis s. str.). Die letztere begreift ihrem ganzen Umfange nach die Geſetzgebung, Aufſicht und Vollziehung in ſich. In der Vollziehung, als dem letzten Reſultate der kirchlichen Regierung, zeichnet das canoniſche Recht als einen weſentlichen Beſtandtheil die Gerichtsbarkeit aus und ſieht ſie im eigentlichſten, ſtricteſten Sinne als iurisdictio ecclesiastica an. Sie ſoll hier Gegenſtand unſerer Betrachtung ſein.

Von vorn herein drängt ſich aber die Frage auf, ob die Kirche überhaupt Anſpruch auf Gerichtsbarkeit habe?, welche nach dem verſchiedenen Standpunkte der Schriftſteller, nach der Differenz der Confeſſion und vor allen nach der abweichenden Auffaſſung des Verhältniſſes zwiſchen Staat und Kirche im entgegengeſetzteſten Sinne beantwortet worden iſt. Eine Darlegung der Principien muß daher der vollſtändigen Entwickelung der ganzen Lehre vorangehen[1]).

Nach einer von Vielen getheilten Anſicht ſind Staat und Kirche zwei in ihrem Weſen völlig getrennte Begriffe, welche in zwei ſchlechthin geſonderten und unvereinbaren Inſtituten zur Verwirklichung des Rechtes und der Politik, ſo wie der Religion und Moral beſtimmt ſind. Der Staat iſt die Welt, die Kirche das Reich Gottes. — Dagegen wird nach der Anſicht Anderer begriffmäßig jeder Unterſchied von Staat und Kirche geleugnet, und die letztere nur als ein integrirender Beſtandtheil des erſteren betrachtet, weil die Kirche, als die Trägerin der religiöſen Intereſſen, wie dieſe ſelbſt nur ein inneres, unſichtbares Moment bildet und ſobald ſie aus der durch ihre Natur gebotene Innerlichkeit hinaustritt und äußerliche Geſtalt annimmt, damit ſchon von ſich ſelbſt abfällt, auf das fremde Gebiet des Staates anlangt und folglich dieſem anheimfällt.

Nach der erſten Annahme beſtimmen ſich die Functionen des Staates und der Kirche ſowohl im allgemeinen als im beſonderen nach objectiven und ſubjectiven Rückſichten. Der Kirche wird daher überwieſen: die Entſcheidung über alle diejenigen Gegenſtände, welche an und für ſich

---

252) Preuß. Criminalordn. §. 96, 97. Bayer. Strafgeſ. II. Art. 30. Hannov. Entw. Art. 31.

253) Bei Verbrechen, welche gegen die Integrität eines teutſchen Bundesſtaates gerichtet ſind, findet jedoch die Auslieferung ſtatt. Bundesbeſchl. v. 18. Aug. 1836, Art. 2. Vgl. auch noch v. Grolman, Grundſ. der Criminalrechtsw. §. 420, Anm. f.

1) Die weitere Begründung dieſer Principien kann jedoch an dieſem Orte nicht erfolgen.

ſchon einen religiöſen Zweck haben oder als nothwendiges und nützliches Mittel zur Realiſirung und Beförderung deſſelben erachtet werden müſſen. Als ſolche Gegenſtände werden aber genannt: 1) der Lehrvortrag der amts-bevorzugten Kirchendiener, 2) die Acte des Cultus und der Liturgik, 3) die mit dem religiöſen Momente in Berührung ſtehenden Handlungen der Kirchenglieder außer der Kirche, und 4) diejenigen Handlungen und Objecte, welche ſich auf Sachen, Güter und ſonderheitliche Inſtitutionen und Mittel beziehen, die für die Erreichung des Kirchenzweckes beſtimmt ſind [2]).

Nach der Anſicht derer, welche die Kirche nur Moment des Staates ſein laſſen, fällt dagegen die ganze äußerliche Thätigkeit dem Staate ſelbſt zu [3]).

Beide Auffaſſungen ſind einſeitig und verkennen das Weſen des Staates und der Kirche; dennoch fehlt beiden nicht eine relative Wahrheit, welche verbunden mit dem wirklichen Begriffe des Staates und der Kirche eine vermittelte Einheit derſelben erzeugen, ſo daß der Staat und die Kirche als zwei zuſammengehörige, ſich gegenſeitig ergänzende Seiten eines und deſſelben Inſtitutes erſcheinen, in welchem das politiſch-rechtliche und das religiös-kirchliche Moment, obwohl an ſich verſchieden, doch ohne Gegenſatz, das Reich Gottes auf Erden ausmachen. Zunächſt und in der Wirklichkeit ſtreng geſchieden werden der Staat, als Rechtsanſtalt und Träger des Geſetzes, und die Kirche, als religiöſe Gemeinſchaft und Trägerin des Evangeliums, durch die Einheit ihres Zieles, die ſittliche Vollendung des menſchlichen Geſchlechtes, immer im Connex ſtehen, mehr und mehr in einander verwachſen, bis ſie am Ende der Tage eine vollendete Einheit bilden.

Je nachdem nun einer oder der andere dieſer Standpunkte feſtgehalten wird, muß über die Berechtigung einer eigenen kirchlichen Gerichtsbarkeit offenbar eine ſich durchaus widerſprechende Anſicht bilden. Nach der erſten Annahme muß ſich die Kirchengewalt, ganz analog mit der Staatsgewalt, nur innerhalb ihrer Rechtsperipherie, für verpflichtet halten, das zuſtändige Recht zu exerciren und überall da Recht zu ſprechen, wo ſolches verfaſſungsgemäß zur Erreichung des kirchlichen Zweckes nothwendig erſcheint..... Sie muß daher, wenn über die Anwendung und Auslegung der Kirchengeſetze unter ihren Genoſſen Streit entſteht, und wenn menſchliche Schwachheit, Leichtſinn und Bosheit verleiten, ſich über die Kirchengeſetze hinauszuſetzen und denſelben zuwider zu handeln, im erſten

---

2) Frey, kritiſcher Commentar über das Kirchenrecht, fortgeſetzt von Scheill, Th. V, Abth. 1, S. 10—12.

3) Wurm, über den Begriff der ſichtbaren Kirche, in den Studien der evangeliſchen Geiſtlichkeit Württembergs, herausgegeben von Klaiber, B. II, H. 2, S. 49—84. Stuttgart 1830. 8. Dagegen meine kirchenrechtlichen Verſuche B. II, Nr. VI. — Die Vernichtung der Kirche durch den Staat iſt eins der Hauptprobleme der linken Seite der Hegel'ſchen Schule (vgl. beſ. Bauer, die evangeliſche Landeskirche Preußens [Leipzig 1840. 8.], und deſſelben Aufſatz: Der chriſtliche Staat und unſere Zeit, in den Halliſchen Jahrbüchern für teutſche Wiſſenſchaft [1841], Nr. 135—140).

Falle befugt ſein, ihre Geſetze durch richterliche Entſcheidung auf den eben vorliegenden Fall anzuwenden, und im anderen die Verletzung ihrer Geſetze und der dadurch geſtörten verfaſſungsmäßigen Vereinsordnung — Disciplin — zu ahnden, weil ohne Ausübung der erſteren Befugniß der kirchliche Zweck nicht befördert, ohne letzteres aber wohl gar nicht erreicht werden könnte [4]).

Nach der entgegengeſetzten Annahme kann der Kirche gar kein Anſpruch auf eine gerichtliche Thätigkeit zugeſtanden werden, weil ſie nur durch ihre innere Macht, nicht durch äußere Mittel wirken kann [5]).

Von unſerem Principe aus müſſen wir aber allerdings der Kirche eine Jurisdiction zuerkennen, deren Grenzen jedoch von der jedesmaligen Stellung, welche ſie dem Staate gegenüber einnimmt, abhängen laſſen. Nicht durch eine abſtracte Beſtimmung [6]) kann daher über den Inhalt der Gerichtsbarkeit entſchieden werden, ſondern die fortſchreitende Entwickelung und der Standpunkt, den die Kirche gerade als Theil des Gottesreiches auf Erden erlangt hat, muß darüber den Ausſchlag geben. Nur ſo kann es gelingen, wie für die Geſchichte kirchlicher Inſtitute überhaupt, insbeſondere auch für die der kirchlichen Gerichtsbarkeit den rechten Maßſtab zu erhalten, den bald größeren, bald kleineren Umfang kirchlicher Thätigkeit zu erklären und auch für die Gegenwart die Anwendbarkeit einer geiſtlichen Jurisdiction zu rechtfertigen.

Demgemäß iſt es hier die Aufgabe, den jetzigen Zuſtand der kirchlichen Gerichtsbarkeit in ſeiner genetiſchen Entwickelung darzulegen, fern von vorgefaßter Meinung, ohne ſchon im Voraus zurecht gemachte Reſultate in die Quellen hineinzutragen [7]). Es ſcheidet ſich aber einfach die Darſtellung der Strafjurisdiction und der Gerichtsbarkeit in Rechtsſtreitigkeiten, und zwar geſondert der katholiſchen und evangeliſchen Kirche.

I. Die Strafgerichtsbarkeit [8]).

A. Katholiſches Kirchenrecht.

I. Geſchichte.

Auf Beförderung der Sittlichkeit ſoll jede Religion ihre vorzügliche Thätigkeit richten. Bei allen Völkern, die nicht in ihrem Cultus ſelbſt

---

4) Frey-Scheill a. a. O. S. 15, 16.

5) Wurm a. a. O. S. 55 flg., 81 flg.

6) Eine ſolche finden wir aber regelmäßig bei katholiſchen Schriftſtellern, welche die geiſtliche Gerichtsbarkeit für iuris divini und unveränderlich erklären. So z. B. Hedderich, elementa iuris can. (ed. II. Bonn 1791. 8.) P. I. §. 12.: Haec potestas (iudiciaria) ecclesiae essentialis est a Deo tradita, consequenter perpetua, quousque ecclesia Christi perseverat. Igitur in alium, quam cui Christus dedit, transferri nequit adeoque ab ecclesia est inabdicabilis. S. auch Scheill a. a. O. S. 21. Anders dagegen v. Droſte-Hülshoff, über die Einrichtung geiſtlicher Gerichte und den Wirkungskreis derſelben, bei Weiß, Archiv der Kirchenrechtswiſſenſchaft B. III, Nr. I.

7) Befangen ſind die Forſchungen vieler katholiſchen Schriftſteller, wie namentlich Riffel's, geſchichtliche Darſtellung des Verhältniſſes zwiſchen Kirche und Staat. Mainz 1836. 8. (S. Note 21 flg.)

8) Außer den bei den einzelnen Materien anzuführenden Quellen iſt neben dem Decrete Cau. I—VI. XI. XV. XXIV. XXVI. XXXI sq. u. a.,

der Sünde fröhnten, finden wir daher auch Anſtalten für Zucht und Ordnung. Wenn ſchon das moſaiſche Recht dafür beſondere Sorge trug[9], ſo mußte wohl das Chriſtenthum, als die Religion in ihrer ganzen Fülle, die Sittlichkeit als eine unbedingte Vorausſetzung für alle aufſtellen, die ſich zu ihr bekennen wollten, und die Kirche konnte nicht umhin, als ihre Aufgabe zu betrachten, der Sünde zu ſteuern.

Chriſtus erklärt diejenigen für ſeine rechten Jünger, welche Gottes Gebote befolgen, erkennt aber zugleich, daß es an böſen Gliedern in der Gemeinde nicht fehlen werde, deren Ausrottung für die Zeit des Gerichtes aufgeſpart bleiben ſoll[10]. Gleich bei der Verbreitung des Chriſtenthums durch die Apoſtel wurde hierauf beſonders geachtet und gegen jede Unreinheit mit Ernſt eingeſchritten[11], deßhalb auch jeder bei ſeiner Aufnahme in die Gemeinſchaft ausdrücklich zum ſittlichen Leben verpflichtet[12]. Wer ſeinem Gelübde zuwider handelte, ward brüderlich vermahnt und Falls dieß nichts fruchtete, aus der Gemeinde ausgeſchloſſen. Der in die Diptychen (Kirchenbücher) eingetragene Name wurde dann gelöſcht[13].

Solche Perſonen, die man damals αἱρετικοί nannte, konnten erſt, wenn ſie genügende Reue und Buße (ἐξομολόγησις) an den Tag gelegt hatten, wieder in die Gemeinde aufgenommen werden[14]. Hatte gar ein kirchlicher Beamter ſich einer ſolchen Verletzung ſchuldig gemacht, ſo wurde er, den Umſtänden nach, mit Entſetzung (Depoſition) und Reduction in den Laienſtand beſtraft[15].

---

vorzüglich das fünfte Buch der Decretalen, des liber sextus, der Clementinen und der Extravagantes communes, ſo wie tit. 8—10 der Extrav. Johann's XXII. hervorzuheben. — Wegen der Literatur, welche ſehr reich iſt, muß auf die Artikel: Archidiaconus, Aſylrecht, Buße u. a. hingewieſen werden. Außerdem mögen auszuzeichnen ſein: Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. II. lib. III. cap. 76. 95 sq. Bingham, origines ecclesiasticae lib. XVI. cap. 4—14. — Morinus, de disciplina in administratione sacramenti poenitentiae. Paris 1651. fol. Van Espen, ius eccl. universum P. III. tit. III sq. Scheill a. a. O. S. 2—6 cit. Lit. Eichhorn, Grundſätze des Kirchenrechtes B. II, S. 67 flg. S. auch Tittmann, de causis auctoritatis iuris canonici in iure criminali germanico. diss. II. Lipsiae 1798. (Auch in Martin, dissertationum et commentationum selectarum iuris criminalis collectio. Vol. I. Jenae 1822. 8.)

9) Scholz, Handbuch der bibliſchen Archäologie (Bonn 1834), §. 84.

10) Man vgl. z. B. die Parabel vom Unkraut und Weizen Ev. Matth. XIII, 28—30.

11) S. I. Corinther V, 1 flg., 13, verb. mit Ev. Matth. XVIII, 15 flg. Tit. I, 10 flg. I. Timoth. I, 20. II. Timoth. III, 6. Epiſtel Judä u. a.

12) Plinius epist. lib. X. ep. 97.: Sacramento, non in scelus aliquod se obstringere, sed ne furta, ne latrocinia, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent. Vgl. Tertullian, Apologeticus cap. 2. 38. Constit. Apostol. lib. I. cap. 8. 9. lib. II. cap. 5 sq. — J. H. Böhmer, dissert. iuris eccl. antiqui nr. III. p. 71 sq.

13) Dodwell, dissertat. Cyprianicae. diss. V. §. 18. sq. §. 27. Vgl. Uihlein, im Archiv für civil. Praxis B. XV, H. I, S. 30, Anm 5.

14) II. Corinth. II, 5—8. Gieſeler, Lehrbuch der Kirchengeſch. B. I, §. 52, Anm. ee, ff, S. 199, §. 69. Vgl. auch den Art. Beichte Bd. I, S. 829.

15) C. 1. Conc. Neocaesar. a. 314. (c. 9. dist. XXVIII.) c. 10. Conc. Nicaen. a. 325. (c. 5. dist. LXXXI.)

Anfangs übte dieſes Strafrecht die ganze Gemeinde (ſ. Note 11 cit. Stellen), ſeit dem dritten Jahrhunderte der Biſchof mit Zuziehung derſelben, welche bei Beurtheilung der Cleriker ſchon fortfiel. Das Gericht über den Biſchof ſelbſt bildeten ſeit dem vierten Jahrhunderte die Provincialſynoden.

Bürgerliche Folgen konnte die Ausübung der kirchlichen Disciplin ſo lange nicht herbeiführen, als die Kirche ſelbſt vom Staate nicht anerkannt war. Die Reception des Chriſtenthums durch Conſtantin den Großen mußte daher auch Aenderungen veranlaſſen. Im allgemeinen wurde ſeitdem die kirchliche Zucht in der bisherigen Weiſe gehandhabt, zugleich aber auch ein beſtimmtes Bußſyſtem begründet[16]). Bei der Zuerkennung der Bußmittel hatte die Gemeinde keine weitere Berechtigung und es blieb die Feſtſetzung des Maßes ganz dem arbiträren Ermeſſen der Geiſtlichkeit überlaſſen. Schon zeitig wurde aber durch eigene Bußordnungen (libri poenitentiales)[17]) darüber eine genauere Norm vorgezeichnet. Das leitende Princip, der Geiſt des ganzen kirchlichen Strafrechtes war aber immer gerechte Vergeltung, Genugthuung, mittelſt Unterordnung des bisher dem göttlichen Geſetze entgegen gerichtet geweſenen Willens, unter daſſelbe im Wege der Buße, Reue und daraus hervorgehenden Beſſerung[18]).

Die practiſchen Verhältniſſe ſelbſt waren, durch die veränderte Stellung der Kirche zum Staate bedingt, ſeit dem vierten Jahrhunderte folgende. Gemeine Verbrechen gehörten ſchlechthin vor die weltlichen Gerichte, was die Kirche auch als der Natur der Sache und den Forderungen der heiligen Schrift gemäß anerkannte[19]). Inſofern in dem Verbrechen aber doch zugleich eine Sünde enthalten war, konnte die Kirche auch ihrerſeits mit Zuchtmitteln hinzutreten[20]). An ſich war es übrigens hierbei gleichgiltig, ob ein Laie oder ein Geiſtlicher der Schuldige war; doch konnte allerdings bald die Rückſicht auf die Perſon und das nähere Verhältniß des Clerus zur Kirche bedeutende Unterſchiede herbeiführen[21]).

---

16) S. den Art. Buße Bd. II, S. 506.

17) Vgl. den Art. Quellen des Kirchenrechtes. Inzwiſchen vgl. man Waſſerſchleben, Beiträge zur Geſchichte der vorgratianiſchen Kirchenrechtsquellen Nr. IV. Leipzig 1839. 8.

18) Vgl. überhaupt Abegg, die verſchiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältniſſe zu einander und zu dem poſitiven Rechte und zu deſſen Geſchichte (Neuſtadt a. d. O. 1835. 8.), §. 29, und die daſelbſt cit. Literatur. S. auch Klenze, Lehrbuch des gemeinen Strafrechtes (Berlin 1833. 8.), Vorr. S. VI.

19) C. 39. 40. Cau. XXIII. qu. V.

20) Vgl. z. B. can. 24. Apostol. S. dazu v. Drey, neue Unterſuchungen über die Conſtitutionen und Kanonen der Apoſtel S. 268.

21) Riffel (Note 7 cit.), S. 183 flg., hat, von vorgefaßter Meinung geleitet, als ob die Kirche von jeher über den Clerus bei wirklichen bürgerlichen Verbrechen eine freie Jurisdiction beſeſſen habe, die Zeugniſſe der Quellen theils mißverſtanden, theils abſichtlich gemißdeutet und die Anſicht der ſpäteren Zeit, namentlich Pſeudo-Iſidor's und der ſpäteren Decretalen, welche eine ganz andere Praxis vorausſetzen, auf die früheren Geſetze und Ausſprüche der Synoden und Kirchenſcribenten übertragen. Den Beweis dieſer Behauptung habe ich rückſichtlich des hier vorliegenden Gegenſtandes in der Beurtheilung der Riffel'ſchen

Abgeſehen von rein temporären, durch Parteinahme der Kaiſer für beſtimmte dogmatiſche Richtungen veranlaßten abweichenden Conſtitutionen [22]), iſt bis zum ſechſten Jahrhunderte anerkannt, daß der Staat die Cognition über den Clerus bei allen gemeinen Delicten beſaß, und daß die Kirche nur über leichtere Disciplinarvergehen und über Amtsverletzungen der Geiſtlichen zu entſcheiden berechtigt war [23]). Da die Kirche durch Verbrechen und Beſtrafung der Cleriker unmittelbar berührt wurde und ein Eingreifen derſelben neben dem Verfahren des weltlichen Gerichtes wohl gerechtfertigt werden konnte, ſo bedurfte es einer Vorſchrift, welche das gegenſeitige Verhältniß regelte. Daher beſtimmte Juſtinian, daß, wenn ein Geiſtlicher ein bürgerliches Verbrechen begangen hatte, für den Fall, daß die Klage darüber zuerſt an das kirchliche Forum gelangte, der Biſchof die Amtsentſetzung (depositio) ausſprechen und die Vollziehung der bürgerlichen Strafe dem weltlichen Richter überlaſſen ſolle. Wenn dagegen das Verfahren beim weltlichen Gerichte begonnen und dieſes das Urtheil gefällt hatte, ſollte der Verbrecher erſt dem Biſchofe zur Vollziehung der Depoſition ausgeliefert und hierauf die bürgerliche Strafe in Vollzug geſetzt werden [24]). Sobald die Sache an den Biſchof kam, konnte derſelbe indeſſen noch beim Kaiſer ein Milderungsgeſuch anbringen, welches nicht ſelten fruchtete [25]). Andererſeits wurde dagegen auch von der Kirche unter Umſtänden der weltliche Arm zu Hilfe gerufen [26]).

Die ſtrafrichterliche Gewalt ſtand jetzt übrigens in der erſten Inſtanz eigentlich nur dem Biſchofe zu, der jedoch andere Cleriker mit der Unterſuchung beauftragen konnte [27]). Von ihm ging ſeit der Ausbildung der Metropolitanverfaſſung die Berufung an die Provincialſynode, deren regelmäßiges Zuſammentreten insbeſondere veranlaßt war, um ſich über den Biſchof beſchweren zu können [28]). War man mit der Entſcheidung der Synode nicht zufrieden, ſo konnte man ſich an einen anderen Biſchof

---

Schrift in Richter's krit. Jahrb. für teutſche Rechtswiſſenſchaft (1838), Bd. III, S. 341 flg. geführt. Mit dieſen Reſultaten ſtimmen auch Canoniſten überein, denen man den Vorwurf eines antikatholiſchen Intereſſes wenigſtens noch nirgend gemacht hat. Man ſ. z. B. Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes, 17. Aufl., §. 184, Note x, vgl. mit §. 92, Note c, S. 175.

22) S. z. B. c. 12. C. Th. de episcopis et clericis. (16. 2.) (Constantin. a. 355.)

23) S. c. 17. 23. 41. 47. C. Th. de episc. et cleric. (16. 2.) c. 1. C. Th. de religione (16. 11.) und vgl. dazu den Commentar von Jacobus Gothofredus, insbeſondere zu der zuletzt citirten Stelle. Tom. VI. fol. 334. ed. Ritter.

24) Nov. XLII. pr. a. 536. Nov. LXXXIII. pr. in fin. a. 539. und ganz beſonders Nov. CXXIII. cap. XXI. §. 1. a. 546. Vgl. Juliani epit. Nov. const. LXXVII. c. I. in c. 45. Cau. XI. qu. I.

25) Ueber dieſes ius intercedendi ſ. Hebenstreit, historia iurisdictionis eccl. diss. III. §. 21—23. de Meysenbug, de christianae religionis vi etc. (Gotting. 1828. 4.) p. 25.

26) c. 38. Conc. Carthag. III. a. 397. (c. 19. Cau. XI. qu. I.) c. 4. dist. XXVII. c. 20. Cau. XI. qu. I. (Pelagius I. † 559.)

27) S. die Commentatoren zum c. 38. (39.) Canon. Apostol.

28) v. Drey a. a. O. S. 334 zu dem cit. 38. Canon.

wenden, damit dieſer die Angelegenheit aufs Neue einer Synode vorlegte, oder an den Kaiſer, welcher durch eine beſondere Commiſſion oder ein ökumeniſches Concil eine neue Beurtheilung herbeiführte. Bei der Ausbildung des römiſchen Primats entwickelte ſich auch die höhere Inſtanz des apoſtoliſchen Stuhls, durch Ausführung der Vorſchläge, welche bereits auf dem Concil zu Sardica im Jahre 347 gemacht worden waren[29]).

Das zur Entſcheidung dienende Recht war, inſofern ein religiöſer Gegenſtand zur Sprache kam, neben den eigenthümlichen Satzungen, die ſich in der Kirche gebildet hatten, die weltliche Geſetzgebung. Juſtinian verordnete darüber ausdrücklich ein procedere secundum sacros canones et secundum nostras leges[30]).

Bei den Germanen fällt urſprünglich ſo wie Religion und Recht, auch die prieſterliche und richterliche Qualität zuſammen. Die Prieſter, als Geſetzeshüter (ewarto) wachten leitend über die Ordnung bei den Gerichten und vollzogen die Strafen, beſonders bei Beleidigung der Götter[31]). Mit der Einführung des Chriſtenthums tritt aber der Unterſchied von Recht (Geſetz) und Religion (Evangelium) beſtimmt hervor und das Strafrecht wird nun ein zweifaches. Neben den gemeinen Verbrechen gibt es auch eigenthümlich religiöſe, welche nach kirchlichen Grundſätzen beurtheilt werden. Ueber jene erkannte das weltliche Gericht, auch wenn ein Cleriker ſich der That ſchuldig gemacht hatte[32]). Die Kirche ſelbſt geſtand dieß zu. So erklärte das Concilium Matisconense I. im Jahre 581[33]): Ut nullus clericus de qualibet causa extra discussionem episcopi sui a saeculari iudicio iniuriam patiatur aut custodiae deputetur: quod si quicumque iudex cuiuscumque clericum, absque causa criminali, id est homicidio, furto aut maleficio, hoc facere fortasse praesumpserit, quamdiu episcopo loci illius visum fuerit ab ecclesiae liminibus arceatur. Gleichzeitig beſtimmte aber dieß Concil[34]), nach dem Vorgange älterer Synoden[35]), daß kein Cleriker einen anderen im weltlichen Gerichte belangen dürfe, wodurch den Umſtänden nach das von Juſtinian angeordnete Verfahren (ſ. Note 24) eintreten konnte. Bald gelangte aber die Kirche zu weiteren Rechten. Auf

29) Vgl. Eichhorn, Grundſätze des Kirchenrechtes Bd. I, S. 62 flg. mit Richter's Lehrbuch des Kirchenrechtes §. 20.

30) Nov. CXXXVII. cap. 4. (a. 564 oder 565.)

31) S. Tacitus, Germania c. 7. 9. u. a. Vgl. Phillips, teutſche Geſchichte Bd. I, S. 58 flg. Die äußere Leitung in der Volksverſammlung durch die Prieſter findet ſich noch im achten Jahrhunderte bei den heidniſchen Sachſen (ſ. Hucbald vita S. Lebuini c. 4. bei Pertz, Monumenta Germaniae Tom. II. fol. 361.). Seit der Einführung des Chriſtenthums haben die Geiſtlichen nicht mehr ſolche Gerechtſame. Nur bei den Frieſen finden wir auch ſpäter eine ähnliche Einrichtung (ſ. Brockmerbrief §. 173 bei v. Richthofen, frieſiſche Rechtsquellen S. 175). Vgl. Unger, die altteutſche Gerichtsverfaſſung (Göttingen 1842. 8.), S. 223, 379.

32) Beiſpiele bei Phillips a. a. O. S. 533 flg.

33) C. 7. (bei Bruns, bibliotheca eccl. Vol. I. P. II. p. 243.).

34) C. 8. (l. c., auch in c. 6. Cau. XI. qu. I.)

35) S. mehrere Stellen in Cau. XI. qu. I. Vgl. auch unten.

der fünften Pariſer Synode im Jahre 614 ward hierüber verhandelt und ein königliches Edict Chlothars II. ausgewirkt[36]), nach welchem der niedere Clerus wegen delicta manifesta vom weltlichen Richter beurtheilt werden darf. Iſt es ein Capitalverbrechen, dann ſoll unter Zuziehung des Biſchofs nach canoniſchem Rechte verfahren werden. Bei allen anderen Vergehen und wenn höhere Cleriker beſtraft werden ſollen, muß der Biſchof zugezogen werden[37]). Dieſes Edict beſtimmte den auf der Synode ſelbſt abgefaßten Schluß der Geiſtlichkeit näher und beſchränkte ihn zugleich; denn da es im 4. Canon heißt: Ut nullus iudicum neque presbyterum neque diaconum vel clericum ullum aut iuniores ecclesiae sine scientia pontificis per se distringat aut damnare praesumat[38]), ſo ergibt ſich, daß die Kirche eigentlich in jedem Falle und bei jedem Geiſtlichen die Zuziehung des Biſchofs beanſprucht hatte, eine Forderung, die auch ſchon von dem Concil. Matisconense II. im Jahre 585 ausgegangen war[39]).

Es entſchied nun regelmäßig ein gemiſchtes Gericht, welches auch ſpäter wiederholt beſtätigt wurde[40]). Noch im Jahre 794 erkannte Carl der Große dieſes Verfahren an[41]) und geſtattete zugleich, daß Presbyteri, die bei einem Verbrechen ergriffen würden, zum Biſchofe gebracht und nach den canoniſchen Grundſätzen gegen ſie verfahren werden ſollte[42]). Wenn daher in einer bereits fünf Jahre älteren Verordnung es allgemeiner heißt: Ut clerici et ecclesiastici ordines, si culpam incurrerint, apud ecclesiasticos iudicentur, non apud saeculares[43]); ſo kann dieß immer nur unter gewiſſen Beſchränkungen verſtanden werden, etwa ſo, wenn ein Geiſtlicher wegen eines geiſtlichen oder bürgerlichen Vergehens ſeines Amtes entſetzt oder von einem anderen Geiſtlichen belangt werden würde[44]).

Allgemeiner wurde die Freiſtellung des Clerus ſeit dem Anfange des

---

36) Cap. 4. (Pertz, Monum. Germ. T. III. fol. 14.) S. folg. Note.

37) Die von Planck, Geſch. der kirchlichen Geſellſchaftsverfaſſung Bd. II, S. 165 flg. Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſch. Bd. I, §. 185 (S. 777 der 4. Ausgabe). Unger a. a. O. S. 388 abweichend gedeutete Stelle ſcheint wohl obigen Sinn zu haben, denn ſie lautet: Ut nullus iudicum de quolibet ordine clericos de civilibus causis, praeter criminalia negotia per se distringere aut damnare praesumat, nisi convincitur manifestus. Qui vero convicti fuerint de crimine capitali, iuxta canones distringantur et cum pontificibus examinentur.

38) S. c. 2. Cau. XI. qu. I.

39) C. 10. (Bruns l. c. p. 252.)

40) Capit. Caroli M. a. 769. c. 17. (Pertz, Mon. Germ. T. III. fol. 34.)

41) Capit. a. 794. c. 30. (Pertz l. c. fol. 30.)

42) Capit. a. 794. c. 39. (l. c.)

43) Capit. a. 789. c. 38. (Pertz l. c. fol. 60.)

44) So Eichhorn a. a. O. (Note 37) S. 778. Die in dem Capitulare in Bezug genommene Stelle aus dem Conc. Carth. c. 15. findet ſich bei Dionysius (Bibl. iuris can. ed. Voelli et Justelli fol. 146.) und bei Gratian c. 43. Cau. XI. qu. I. (a. 397.) und enthält nach der im 4. und 5. Jahrh. beſtehenden Praxis (ſ. oben) nicht eine größere Begünſtigung.

neunten Jahrhunderts, zunächſt in der Lombardei[45]), dann auch weiter. — Der Grund übrigens, welcher die Kirche bewog, ſich von der weltlichen Cognition gänzlich zu befreien, war theils das Streben nach Selbſtſtändigkeit ſchlechthin, dem Staate gegenüber, theils und beſonders die Abneigung gegen das germaniſche Gerichtsverfahren. Carl der Große ſuchte dieſes für den Clerus zur Anwendung zu bringen, ließ aber auf die Vorſtellung der Geiſtlichen, daß auch nach den canoniſchen Principien vollſtändige Hilfe gegen die Verbrecher geboten ſei, davon ab und gab der Kirche erweiterte Freiheiten[46]).

Pſeudo-Iſidor faßte dieſe im vollſten Umfange auf und deutete demgemäß die älteren Geſetze, denen er ſomit einen anderen Sinn unterlegte[47]). Er erklärte daher, daß kein Geiſtlicher vor ein weltliches Gericht gezogen werden dürfe[48]), daß keine Anklage eines Laien gegen einen Cleriker ſtatthaft ſei[49]), und daß auf das Zeugniß von Laien Geiſtliche nicht verurtheilt werden ſollen[50]).

Biſchöfe ſollten nach der Geſetzgebung des achten Jahrhunderts von einem Concilium mixtum (Reichsverſammlung) oder einer Synode unter dem Vorſitze des Königs beurtheilt werden[51]). Dieſes ſuchte Pſeudo-Iſidor durch dem römiſchen Stuhle beigelegte höhere Befugniſſe zu altern[52]) und überhaupt die Anklagen gegen Biſchöfe durch erſchwerten Beweis u. ſ. w. zu beſeitigen[53]).

Die Beſtimmungen wegen der alleinigen Cognition des geiſtlichen Gerichtes in Criminalſachen der Cleriker gingen nun in die kirchenrechtlichen Sammlungen, insbeſondere auch in das Decret Gratian's mit über, und wurden von den Päbſten in ihren Decretalen ſtets feſtgehalten[54]). Deſſenungeachtet ward zwiſchen den geiſtlichen und weltlichen Behörden

---

45) Capit. Longobard. a. 803. c. 12. (Pertz l. c. T. III. fol. 110.) Leges Longob. Caroli M. cap. 99. Ludov. Pii cap. 4. (Walter, corp. iur. Germ. T. III. p. 598. 623.)

46) S. Rogge, über das Gerichtswesen der Germanen S. 236—238. Unger a. a. O. S. 390, 391. Vgl. Karl Hildenbrand, die purgatio canonica und vulgaris. München 1841. 8.

47) So c. 12. 41. 47. C. Th. de episcopis et clericis. (16. 2.) S. Note 21 flg.

48) C. 1. Cau. XI. qu. I. (Decr. Caii P. c. 2.)

49) C. 3. eod. (Marcellinus P. epist. c. 2.) Vgl. Richter, Kirchenrecht §. 24, Anm. 9.

50) C. 9. eod. (Silvester P. in Syn. Rom. c. 14.) und dazu die Correct. Rom. wegen der Lesart testimonium laici adversus clericum.

51) Capitulare Caroli M. a. 794. c. 9. (Pertz l. c. T. III. fol. 73.) Beiſpiele bei Phillips a. a. O. Bd. I, S. 533 flg.

52) S. den Art. Erzbiſchof Bd. IV, S. 69. Richter a. a. O. Anm. 11.

53) S. Walter a. a. O. §. 92, Note h, S. 181.

54) C. 8. (Lucius III. a. 1160.) c. 4. (Alexander III. a. 1180.) c. 10. Coelestin III. a. 1189. verb. c. 14. X. de sent. excommunic. [5. 39.]) c. 17. X. (Innoc. III. a. 1206.) de iudiciis. (2. 1.) c. 12. 13. X. de foro compet. (2. 2.) (Innoc. III. a. 1206.) Vgl. auch c. 4. X. de institutionibus. (3. 7.) i. p. d. (Clem. III. a. 1190.)

noch öfter über das Princip geſtritten, weßhalb Kaiſer Friedrich II. durch ein allgemeines Geſetz zu Gunſten der Kirche entſchied: Statuimus ut nullus ecclesiasticam personam in criminali quaestione vel civili trahere ad iudicium seculare praesumat, contra constitutiones imperiales et canonicas sanctiones[55]. Dieſer Grundſatz blieb nun in Teutſchland auch bis zum ſechzehnten Jahrhunderte in Kraft, ſo oft dagegen gehandelt werden mochte, wie man daraus ſchließen muß, daß wiederholt die Synoden ſich veranlaßt fanden, die ſtrengſte Beſtrafung gegen die weltlichen Richter zu drohen, welche Geiſtliche vor ihr Forum zogen und gegen die Cleriker, welche der Ladung jener folgten[56].

In den geiſtlichen Staaten konnte dieſe Praxis auch ſpäter aufrecht erhalten werden[57], während in denjenigen Territorien, in welchen ſich die weltliche Landeshoheit ſelbſtſtändiger ausbildete, die Kirche in engere Grenzen gezogen wurde, und theils überhaupt nachgab[58], theils ein blos vorläufiges Einziehen des der Flucht verdächtigen Verbrechers geſtattete[59], theils ſich auf Proteſtationen beſchränken mußte[60].

Außerhalb Teutſchland gelangte die Kirche überhaupt gar nicht, zum Theil erſt ſpäter zu dem umfaſſenderen Strafrechte, welches dann aber auch ſchon wieder zeitig geſchmälert wurde, wie in Frankreich ſeit dem vierzehnten, in England ſeit dem ſechzehnten Jahrhunderte[61]. Der römiſche Stuhl hat ſich aber aufs Beharrlichſte für die kirchliche Immunität und gegen jeden Eingriff des Staates ausgeſprochen[62].

In Betreff *der Strafgerichtsbarkeit über Laien* erlangte die Kirche in Teutſchland auch ſchon früh einen großen Einfluß. Nach der kirchlichen Geſetzgebung bereits des vierten Jahrhunderts war den Biſchöfen die Viſitation ihrer Diöceſen zur ſtrengen Pflicht gemacht. Die ſpaniſchen und dann die fränkiſchen Synoden ſeit dem ſechſten Jahrhunderte erkannten dieſelbe an und die weltliche und gemiſchte Geſetzgebung der Reichsverſammlungen erließ nähere Beſtimmungen. Dieſe Viſitation wurde zugleich zur Handhabung der Religions- und Sittengeſetze benutzt und mit Synoden, Senden, Sendgerichten verbunden[62]. Im neunten

---

55) Auth. Statuimus. ad c. 33. C. de episc. et clericis. (1. 3.)

56) Man ſ. z. B. Synod. Olomuc. a. 1318. c. 14. 15. (*Hartzheim*, Conc. Germ. Tom. III. fol. 272.) Syn. Pragensis a. 1355. c. 23. (a. a. O. fol. 386.) Syn. Magdeburg. a. 1370. c. 14. (a. a. O. fol. 419.) Syn. Frising. a. 1440. c. 3. (a. a. O. Tom. IV. fol. 269.) u. a.

57) S. z. B. Syn. Coloniens. a. 1662. P. III. tit. 3. c. 2. (*Hartzheim* l. c. Tom. IX. fol. 1015 sq.)

58) Vgl. Syn. Harlem. a. 1564. tit. de immunitate ecclesiast. (*Hartzheim* l. c. Tom. VII. fol. 16.)

59) Syn. Salisburg. a. 1569. Constit. 39. c. 3. (*Hartzheim* l. c. VII. fol. 339.) Dieß ward auch in einem Concordate zwiſchen Herzog Wilhelm von Bayern und dem Erzbiſchof von Salzburg 1583 wieder beſtätigt.

60) Syn. Constant. a. 1609. Tit. 2. (*Hartzheim* l. c. T. VIII. fol. 930 sq.) Syn. Osnabrug. a. 1628. P. IV. c. un. (eod. T. IX. fol. 487.)

61) *Scheill* a. a. O. Bd. V, Abth. 1, S. 70 flg.

62) c. 3. 4. de foro comp. in 7to. (2. 1.) (Leo X. in Conc. Lateran. a. 1513 sq.)

Jahrhunderte hatte dieß Inſtitut ſchon eine genaue Entwickelung erlangt, wie Hincmar von Rheims[63]) und beſonders Regino von Prüm[64]) bekunden. Anfangs waren es vor allen Vergehen gegen das Chriſtenthum von Seiten der Neubekehrten, die oft ins Heidenthum zurückfielen, dann überhaupt offenkundige Verbrechen und ſolche, die nach der Mahnung des Geiſtlichen nicht geſühnt wurden. Die Handhabung dieſer Disciplin erfolgte in verſchiedenen Kreiſen und nach einer beſtimmten Steigerung.

Zur feſtgeſetzten Zeit, welche vorher vom Pfarrer bekannt gemacht wurde, ward die Gemeinde zur Sende (Laienſynode) verſammelt und es erſchien dann der Viſitator, früher der Biſchof ſelbſt, ſpäter regelmäßig der Decan, Archipresbyter, Archidiaconus. Aus der Gemeinde wurden Sendſchöffen (Eidgeſchworene, testes synodales) gewählt, welche die Pflicht zur Anzeige aller ihnen bekannt gewordenen Verbrechen hatten. Die denunciirten Vergehen wurden unter dem Präſidium des Viſitators unterſucht und die Bußen auferlegt. Reſervatfälle wurden dem competenten Kirchenoberen zur Entſcheidung überwieſen. Auf dem Sendgerichte wurden aber auch die, welche ſich der Mahnung und Zucht des eigenen Prieſters nicht fügten, beſtraft. — In den einzelnen Diöceſen gab es indeſſen hierbei mannigfache Abweichungen, wobei zum Theil die Standesverhältniſſe mit in Betracht gezogen wurden. Die Hörigen erſchienen wohl regelmäßig gar nicht auf der Sende, ſondern über ſie urtheilte der Hausprieſter des Herrn. Die freien Landſaſſen folgten der Sende des Decans, Archipresbyters, Archidiaconus, der Herrenſtand erſchien auf der biſchöflichen Synode[66]). — Die auf den Senden gerügten Handlungen waren übrigens meiſtens nach dem Standpunkte des teutſchen Strafrechtes bloße Privatvergehen, welche durch Compoſitionen geſühnt wurden[67]). Die Kirche machte es ſich daher zur Aufgabe, die gröberen Verbrechen der bloßen Privatübereinkunft und Willkür zu entziehen und die Strafrechtspflege im Ganzen auf einen höheren öffentlichen Standpunkt zu führen.

---

63) Vgl. Montag, Geſchichte der teutſchen ſtaatsbürgerl. Freiheit Bd. II, S. 411 flg. Biener, Beiträge zur Geſch. des Inquiſitionsprozeſſes S. 28 flg. Phillips, teutſche Geſchichte Bd. II, S. 350 flg. Hildenbrand, die purgatio canonica §. 25 flg. Unger, die altteutſche Gerichtsverfaſſung S. 394 fl. Vgl. auch den Art. Archidiaconus Bd. I, S. 429, Note 13.

64) Capitula, quibus de rebus magistri et decani per singulas ecclesias inquirere et episcopo renunciare debeant und Capitula anno XII. episcopatus superaddita. (Opera ed. Sirmond. Tom. I. p. 716. 730.)

65) Libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis (ed. Wasserschleben). lib. II. cap. 3 sq.

66) Sächſiſches Landrecht Buch I, Art. 2, §. 1. Schwäb. Landrecht Art. 45. S. noch Montag und Unger a. a. O. — Im Erzbisthume Cöln erſchien der Adel auf der erzbiſchöflichen Synode. S. Statuta Engelberti a. 1266. cap. 14. (Hartzheim, Conc. Germ. T. III. fol. 623.): Nobiles.. ad nostram synodum noscuntur specialiter pertinere. — Ueber die Einrichtung in den oſt- und weſtpreußiſchen Diöceſen ſ. m. Jacobſon, Geſch. der Quellen des preußiſchen Kirchenrechtes Bd. I, Th. I, S. 120 flg. und die dazu gehörigen Urkunden.

67) S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 75 und l. c.

Sie wirkte daher auf den Staat und vermochte dieſen, im neunten Jahrhunderte ein Strafgeſetz gegen willkürliche Tödtungen zu erlaſſen. Indem ſich aber die Cognition des Staates allmälig erweiterte[68]), indem nach Art der Senden Rügegerichte entſtanden und auf böſen Leumund gerichtet ward, da bedurfte es in den vom Staate beſtraften Fällen nicht mehr des Einſchreitens der Sendgerichte. Daher beſtimmte Bonifacius VIII.[69]), daß die geiſtlichen Richter auf die exceptio de re per iudicem secularem iudicata achten und nicht mehrmals ſtrafen ſollten[70]). Nur pro foro interno, des Seelenheiles wegen, konnte noch beſondere Buße eintreten; auch machte die Verletzung des Friedens an den gebundenen Tagen eine Ausnahme, die in beiden Gerichten beſtraft wurde[71]). Wenn jedoch der weltliche Richter ſäumig blieb, dann trat die Kirche wieder ein, was Lucius III. im Jahre 1181 als allgemeines Princip ausſprach[72]); ebenſo, wenn ſich eine beſondere kirchliche Beziehung vorfand[73]), woraus die Canoniſten eine förmliche Prävention zu Gunſten der Kirche entwickelten und die Verbrechen, bei welchen dieſe vorhanden, gemiſchte wurden (crimina mixta oder mixti fori)[74]).

Die Sendgerichte fanden ſomit noch immer einen, freilich beſchränkteren Wirkungskreis, indem auf ihnen verſchiedene Frevel, beſonders Sabbathsſchänden (Vernachläſſigung und Entheiligung der Sonn- und Feſttage), Fornicationsfälle und dergleichen Gegenſtand der Rüge blieben. So haben ſie ſich mehrfach bis ins achtzehnte Jahrhundert erhalten und ſind zum Theil, wo ſie eingegangen waren, in der neueſten Zeit wieder hergeſtellt worden.

Außer den Senden haben aber auch andere kirchliche Organe, namentlich verſchiedene biſchöfliche Behörden, wie die Generalvicariate, Officialate, archidiaconaliſche Untergerichte, in größerem und kleinerem Umfange eine förmliche Strafgerichtsbarkeit geübt, welche indeſſen mit der Veränderung der Zeitverhältniſſe weſentlich umgeſtaltet worden iſt. Zum Theil geſchah dieß ſchon ſeit der Mitte des vorigen Jahrhunderts, wie in Oeſterreich[75]), allgemeiner in Folge der franzöſiſchen Revolution, namentlich des Decretes

---

68) Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte Bd. II, §. 379.

69) C. 2. de except. in 6to. (2. 12.)

70) Mit Beziehung auf dieſe Stelle ſagt auch die Gloſſe zum ſächſiſchen Landrechte B. I, Art 2, die Sendſchöffen ſollen rügen, was unter ihnen offenbar iſt und ſo was wider die 10 Gebote unſeres Herrn geſchehen. Es ſei denn, daß allbereit weltlich Gericht darüber ergangen wäre. Vgl. noch Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 81, Anm. 14.

71) S. die cit. Gloſſe zum ſächſ. Landrechte.

72) C. 8. X. de foro compet. (2. 2.) Man ſ. auch einen Fall vom J. 1371 in Antiquitates Saynenses a Joh. Phil. de Reiffenberg a. 1684 collectae (Aachen und Leipzig 1830. 8.), S. 24 flg. Vgl. Limburger Chronik, herausgeg. v. Vogel (Marburg 1828. 8.), S. 91—93.

73) Arg. c. 2. X. de iudiciis. (2. 1.) (Eugenius III. a. 1148.)

74) Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 85 flg.

75) Rechberger, Handbuch des öſterreich. Kirchenrechtes, 3. Aufl., Bd. II, §. 283.

der Nationalverſammlung sur la constitution civile du clergé vom 24. Auguſt 1790[76]), und der Seculariſationen von 1802 und 1803.

Indem die Erörterung des Einzelnen der weiteren Darſtellung vorbehalten bleibt, muß jetzt im Beſonderen von den kirchlichen Strafen, Verbrechen und von dem Verfahren die Rede ſein.

II. Die kirchlichen Strafen[77]).

Die von der Kirche zu verhängenden Strafen können nach der Bedeutung des kirchlichen Vereines ſich nur auf die aus demſelben hervorgehenden Vortheile beziehen, und nach dem eigentlichen Principe des kirchlichen Strafrechtes ſelbſt nur auf die Verſöhnung des Sünders mit ſeinem eigenen Gewiſſen und mit der Kirche im Ganzen, wie mit der Gemeinde im Beſonderen. Dieß war auch urſprünglich in der Kirche der leitende Geſichtspunkt, während ſpäter in der Anwendung der Strafmittel davon abgewichen wurde. Auch hatte die Reception des Chriſtenthums im römiſchen Reiche zugleich die Folge, daß bürgerliche Nachtheile mit der kirchlichen Strafe verbunden wurden, wodurch dem nun mit betheiligten Staate ein beſtimmter Einfluß auf die kirchliche Disciplin nicht entzogen werden konnte.

Schon im dritten Jahrhunderte waren die beiden Momente der Strafe, als einer verſöhnenden beſſernden und die Verletzung rechtlich herſtellenden, anerkannt[78]). Das ganze Strafrecht der Kirche theilte ſich darnach in eine iurisdictio disciplinaris und coercitiva, und die Strafmittel wurden censurae und poenae[79]). — Im allgemeinen heißt censura ſo viel als recensio, inspectio, im beſonderen ſo viel als poena[80]). In den canoniſchen Quellen hat censura die Bedeutung von Ordnung, Disciplin überhaupt, Strafdisciplin insbeſondere[81]). Innocenz III. erklärte nun auf eine an ihn gerichtete Frage, welche Strafen

---

76) Hermens, Handbuch der Staatsgeſetzgebung über den chriſtlichen Cultus Bd. I, S. 169 flg.

77) Quellen: Cau. XI. qu. II. III. — Tit. X. V. 37. in 6to. V. 9. Clem. V. 8. Extrav. comm. V. 8. de poenis. — Tit. X. V. 38. in 6to. V. 10. Clem. V. 9. Extr. comm. V. 9. de poenitentiis et remissionibus. — Tit. X. V. 39. in 6to. V. 11. Clem. V. 10. Extr. comm. V. 10. de sententia excommunicationis. Literatur: Außer mehreren älteren Abhandlungen von Joann. d'Avezan, Jos. Gibalinus und den Commentatoren zu den eben genannten Titeln der Decretalen (vgl. insbeſondere J. H. Böhmer, ius eccl. Protest. lib. V. tit. XXXVII.) ſ. m. Renazzi, elementa iuris criminalis lib. II. Paul. Jos. a Riegger, diss. de poenitentiis et poenis ecclesiasticis. (Viennae 1772.) cap. II. (in Schmidt, thesaurus iuris eccl. Tom. VII. p. 170 sq.) Heffter, im neuen Archive des Criminalrechtes Bd. XIII, S. 53 flg.

78) Vgl. Tertullian, de pudicitia cap. 2.

79) Martin. Gall. Kuhn, diss. de genuina poenarum ecclesiasticarum indole. Halae 1727. 4.

80) S. Dirksen, manuale latinitatis s. h. v. Vgl. c. 3. C. Th. de crimine peculatus. (9. 28.)

81) S. z. B. c. 118. dist. IV. de consecr. (Felix III. a. 488.) c. 38. Cau. XII. qu. II. (Concil. Ilerd. a. 546.): haec censura placuit custodiri. — c. 13. dist. XII. (Concil. Toletan. a. 653.): poenitentiae censura.

die censura ecclesiastica unter ſich begreife, daß dahin nicht blos das Interdict, ſondern auch die Suspenſion und Excommunication gehöre[82]). Da der Zweck dieſer Cenſuren nur Beſſerung iſt[83]), werden ſie auch poenae medicinales genannt[84]). Die Beſſerung iſt indeſſen auch, wenigſtens acceſſoriſch, die Aufgabe vieler anderen Strafen, und manche Canoniſten haben daher bisweilen noch die Bußen, Irregularität wegen eines Verbrechens u. a. m. zu den Cenſuren gerechnet, während andere ſtreng an der Entſcheidung Innocenz III. feſthalten[85]). Von den Cenſuren unterſcheiden ſich die poenae (vindicativae), deren nächſter Zweck in der Zufügung eines wirklichen Leides zur Vergeltung und Sühne wegen der Verletzung einer kirchlichen Vorſchrift liegt. — Die Strafmittel der Kirche kommen übrigens theils gegen jedes Mitglied der Kirche, theils nur gegen die Beamten zur Anwendung. Demnach ſind zuerſt die poenae communes, dann die propriae in Betrachtung zu ziehen.

a) Allgemeine Strafen.

Ehe die Kirche ſtrafend einſchreitet, ſucht ſie das Herz des Sünders zu rühren und in demſelben Reue und Buße zu bewirken. In beſtimmten Abſtufungen wurden anfangs öffentlich, ſpäter (bei Geiſtlichen ſeit dem fünften, bei Laien ſeit dem ſiebenten Jahrhunderte) privatim die auferlegten Uebungen und Leiſtungen übernommen[86]). Nur öffentlichen Sündern legte man auch nachher noch öffentliche Buße auf. Die kirchliche Disciplin entwickelte dabei beſtimmte Unterſchiede der Cenſur (ſ. Note 134), insbeſondere bei der Ausſchließung aus der kirchlichen Gemeinſchaft die excommunicatio maior und minor.

Die Ausſchließung aus dem kirchlichen Verbande bezeichnete man bald mit dem Ausdrucke excommunicatio, bald umſchrieb man ſie: a communione prohibeatur, a communione fiat extraneus, ab ecclesia habeatur alienus u. a. m.[87]). Darunter verſtand man aber eben ſowohl die Ausſchließung von den Heilsmitteln der Kirche (a sacris, a participatione sacramentorum), als vom ganzen Gottesdienſte und jeglicher Gemeinſchaft (a communione fidelium)[88]), ſo daß der concrete Fall darüber den Ausſchlag geben mußte, ob die härtere oder mildere Cenſur gemeint ſei. Indeſſen unterſchied man auch genauer, wie prohibitio medicinalis und mortalis[89]), oder excommunicatio und anathema[90]),

82) C. 20. X. de Verb. Sign. (5. 40.) Vgl. c. 23. eod.

83) Disciplina est excommunicatio, non eradicatio. c. 37. Cau. XXIV. qu. III. (Gelasius?)

84) C. 1. de sent. excomm. in VIto. (5. 11.) (Innocent. IV.)

85) S. die verſchiedenen Meinungen bei J. H. Böhmer (Note 77 cit.), §. 3 sq.

86) S. den Art. Buße Bd. II, S. 506. Vgl. dazu noch Riegger (Note 77 cit.), cap. I.

87) C. 42. Cau. XI. qu. I. — c. 69. dist. L. c. 8. dist. XCII. u. a. Vgl. J. H. Böhmer zu c. 33. Cau. VII. qu. I.

88) C. 18. 28. Cau. XI. qu. III. (Isidorus † 636.) Vgl. c. 2. X. de except. (2. 20.) (Innocent. III.) S. auch Note 92.

89) C. 18. Cau. II. qu. I. (Augustin. sermo 351.)

90) C. 3. Cau. III. qu. 5. (Ps. Isidor.) C. 41. Cau. XI. qu. III. (Concil. Meldense a. 845.) c. 12. Cau. III. qu. IV. (Johann. VIII. a. 888.)

und ſpäter excommunicatio minor und anathema, oder excommunicatio minor und maior[91]). Gregor IX. declarirte aber[92]): Si quem sub hac forma verborum: illum excommunico: vel simili, a iudice suo excommunicari contingat: dicendum est, eum non tantum minori, quae a perceptione sacramentorum, sed etiam maiori excommunicatione, quae a communione fidelium separat, esse ligatum. Die größere Excommunication wurde bisweilen mit beſonderen Solennitäten vollzogen, wie unter öffentlicher Verkündigung und Anſchlagen des Namens in der Kirche[93]), bei Glockengeläute, Auslöſchen von Kerzen und mit Ausſprechung harter Bannformeln[94]). Dann heißt ſie recht eigentlich anathema[95]), oder auch maran-atha[96]), d. h. des Herrn Rückkehr, indem bis zu derſelben, alſo zum Tage des letzten Gerichtes, der Gebannte aus der Gemeinſchaft ausgeſchloſſen ſein ſoll. — Man unterſcheidet bei allen Cenſuren, insbeſondere bei der Excommunication, den Fall, wo der Richter aus ſeiner eigenen rechtlichen Befugniß wegen des Ungehorſams die Cenſur auferlegt (censura hominis), von demjenigen, wo das Geſetz dieſelbe als Folge eines Vergehens beſtimmt hat (censura iuris). Die censura iuris beruht entweder auf einem beſonderen Urtheilsſpruche des Richters nach vorangegangener Unterſuchung (ferendae sententiae), oder iſt unmittelbar Folge einer im Geſetze damit bedrohten Handlung, ohne daß es der richterlichen Sentenz bedarf (latae sententiae). Man hat behauptet, daß ſich vor dem zehnten Jahrhunderte keine Excommunicationen latae sententiae finden[97]), indeſſen ſind ſchon im vierten Jahrhunderte dergleichen vorhanden[98]), doch iſt freilich die Zahl derſelben ſpäter bedeutend vermehrt worden. Während im Decrete und den Decretalen kaum 26 Fälle nachweisbar ſind, enthält der liber sextus allein 32, die Clementinen 50 und viele finden ſich in den ſpäteren Sammlungen, der Bulle in coena domini u. ſ. w.[99]), ſo daß man weit über 200 anzugeben pflegt[100]).

---

c. 103. Cau. XI. qu. III. (Gregor. VII. a. 1078.) Vgl. Gratian ad c. 12. Cau. III. qu. IV. u. ad c. 24. Cau. XI. qu. III.

91) C. 10. X. de clerico excommunic. (5. 27.) c. 59. X. de sent. excomm. (5. 39.) (Gregor IX. a. 1237.)

92) C. 59. X. cit. (5. 39) Vgl. c. 1. de except. in 6to. (2. 12.) (Innocent. IV. a. 1274.)

93) S. Beiſpiele in Gesta Trevirorum edd. Wyttenbach et Müller. Tom. I. cap. 72. (August. Trevir. 1836. 4.) Vgl. dazu die Anm. daſelbſt S. 44.

94) S. Formulae veteres... excommunicationum bei Balazius ed. Capitularium Tom. II. fol. 639 sq. Pez, thesaur. novus anecdot. T. II. P. II. p. 635 sq.

95) C. 106. 107. Cau. XI. qu. III.

96) Benedict XIV., de synodo dioecesana lib. X. cap. I. §. 7.

97) Riegger l. c. §. XLVIII. p. 176.

98) S. z. B. c. 1 sq. dist. XXX.

99) Glosse zum c. 22. de sent. excomm. in 6to., zum c. 1. Clement. eod. u. a.

100) Pichler zählt 223 auf (v. Droſte-Hülshoff, Kirchenrecht Bd. II, Abth. 2, §. 220, Anm. 428a).

Die **Wirkung** der kleineren Excommunication beſtand in der Entziehung der Theilnahme an den Sacramenten, die der großen dagegen jeglicher Gemeinſchaft mit den Gläubigen im Leben und im Tode. Daher war jeder Umgang mit den Excommunicirten verboten, nach einem alten Verſe: Os, orare, vale, communio, mensa negatur, oder, wie es in dem 1318 vom Erzbiſchof Heinrich von Cöln über den Grafen Theoderich von Limburg ausgeſprochenen Bann heißt: ne quis dicto Th. et suis in hac parte complicibus communicet verbo, cibo, potu, venditione, emptione, stando, gradiendo, furno vel molendino aut quovis alio humanitatis solatio[101]). Wer dagegen handelte, der verfiel ſelbſt in die Excommunication und zwar anfangs die größere[102]), ſpäter jedoch nur die kleinere, aber ipso facto[103]). Nur die Gemeinſchaft des Verbrechens ſelbſt und die amtliche wiſſentliche Verbindung eines Clerikers mit einem vom Pabſte Excommunicirten ſollte auch ferner die größere nach ſich ziehen[104]). — Den Excommunicirten durfte übrigens gepredigt werden[105]), woraus man folgerte, daß ſie den Predigten beiwohnen können, was jedoch nicht auf den übrigen Gottesdienſt auszudehnen iſt[106]).

Aus dieſen Wirkungen gingen von ſelbſt viele bürgerliche Nachtheile hervor, wie namentlich das Verbot, irgend welche gerichtliche Geſchäfte zu vollziehen. Dieß ſprach nicht nur die Kirche aus[107]), ſondern der Staat beſtätigte es und verfügte über den, der ſich in Jahr und Tag aus der Excommunication (Bann) nicht befreite, die Acht[108]). Selbſt der Beklagte konnte nicht vor Gericht erſcheinen, indeſſen von einem anderen vertreten werden[109]). — Wegen der Uebereinſtimmung des Staates mit der Kirche traf den Excommunicirten auch eine infamia magna, vermöge deren die Bande des Gehorſams und der Treue gelöſt wurden[110]). — Da die Excommunication auch die Gemeinſchaft im Tode hebt, war

---

101) v. **Steinen**, weſtphäliſche Geſchichte Stück XXI, S. 1432—1434. Vgl. auch den Fall von 1403 bei **Wigand**, Archiv für die Geſchichte Weſtphalens Bd. V, Hft. 4, S. 393, 394.

102) S. Cau. XI. qu. III.

103) C. 15. X. de sent. excomm. (Clemens III.) c. 29. eod. (Innoc. III. a. 1199.) c. 2. X. de except. (2. 25.) (Innoc. III.)

104) C. 29. X. cit. c. 3. eod. in VIto. (5. 11.) (Concil. Lugdun. a. 1245. c. 12.) — c. 18. X. de sent. exc. (Clemens III.)

105) C. 43. X. de sent. excomm. (Innoc. III.)

106) S. v. **Droſte-Hülshoff** a. a. O. Anm. 420.

107) c. 24. X. de sent. et re iudicata. (2. 27.) (Alex. III.) c. 8. de sent. excomm. in VIto. (5. 11.) (Alex. IV.)

108) Vgl. den Art. **Bann** Bd. I, S. 601 flg.

109) C. 7. X. de iudiciis. (2. 1.) (Alex. III.) Vgl. c. 5. 8. 10 sq. de except. (2. 25.)

110) C. 4. Cau. XV. qu. VI. (Gregor. VII. c. 1079.) c. 5. eod. (Urban. II. c. 1090.) — II. feud. 28. pr.: Quod quemadmodum dominum excommunicatum, vel a rege bannitum, non est obligatus vasallus ad adiuvandum, vel servitium ei praestandum, imo solutus est interim sacramento fidelitatis, nisi — fuerit restitutus.

das kirchliche Begräbniß verſagt [111]) und die bereits beerdigte Leiche ſollte wieder ausgegraben werden.

Mit der Zeit kam es indeſſen zu mehrfachen Milderungen und Beſchränkungen. Manchen Perſonen, Gatten, Verwandten und Abhängigen, ward die Gemeinſchaft mit den Excommunicirten nicht mehr ſchlechthin unterſagt [112]), nach dem Verſe utile, lex, humile, res ignorata, necesse. Die Excommunication ſollte auch nicht mehr gegen Collegia, ſondern nur gegen die wirklich Schuldigen in denſelben ausgeſprochen werden [113]), und Martin V. verordnete durch die Conſtitution: Ad evitanda, daß niemand verpflichtet ſei, ſich des Umganges zu enthalten, nisi sententia vel censura huiusmodi fuerit in vel contra personam, collegium, universitatem, ecclesiam, communitatem, aut locum certum vel certa, a iudice publicata vel denunciata specialiter et expresse, salvo si quem pro sacrilega manuum iniectione in clericum sententiam latam a canone .. notorie constiterit incidisse etc. [114]). Seitdem unterſchied man ſtets genauer, ob der Excommunicirte vitandus oder non vitandus ſei und erklärte ſich daher auch nicht ohne Grund dafür, daß nur dem vitandus das kirchliche Begräbniß entzogen werden könne [115]).

Während des Mittelalters wurde die Excommunication ſehr häufig und um der verſchiedenſten Gründe willen verhängt. Um Gewaltthaten zu begegnen, gab es kein wirkſameres Mittel [116]), oder um die Befriedigung einer Forderung zu erlangen, zu welchem Behufe ſelbſt vertragsmäßig, ſo wie im weltlichen Gerichte Geſchäfte mit der Bannclauſel eingegangen wurden, auch der geiſtliche Bann in den ſogen. Cameralobligationen cum susceptione censurarum et mandati executivi zugelaſſen ward [117]). Als Zwangsmittel zur Vollziehung der Urtheile des Kammergerichtes diente die Excommunication noch im ſechzehnten Jahrhunderte [118]). Seit die Juſtiz des Staates ſelbſt aber eine beſſere geworden, bedurfte es für bürgerliche Verhältniſſe nicht mehr einer ſolchen Stütze, und auch in kirchlichen Angelegenheiten nöthigten die veränderten Zeitverhältniſſe zu

---

111) C. 12. X. de sepulturis. (3. 28.) (Innoc. III.)

112) C. 102. Can. XI. qu. III. (Nicolaus VIII. a. 863.) c. 103. eod. (Gregor. VII.) c. 31. 34. X. de sent. excomm. (5. 39.) (Innoc. III.)

113) C. 5. de sent. excomm. in VIto. (5. 11.) (Innoc. IV. a. 1245.) Vgl. J. H. Böhmer zum c. 10. X. de except. (2. 25.) Anm. 89.

114) Dieſe Conſtitution findet ſich ſelbſtſtändig nicht vor (ſ. Benedict. XIV., de synodo lib. XII. cap. V. §. IV.) und iſt nur im Coſtnitzer Concordat Martin's V. mit Sigismund v. 1418 c. 7. erhalten. (Concil. Constant. edid. v. d. Hardt, Tom. I. fol. 1055. Hartzheim, Conc. Germ. Tom. V. fol. 147. Münch, Samml. der Concordate Bd. I, S. 30.) S. noch Riegger l. c. §. LXXI. p. 189. 190.

115) Kann und ſoll der Leiche eines Selbſtmörders oder ähnlichen Verbrechers das kirchliche Begräbniß verweigert werden? (Cöln 1830. 8.), S. 33 flg.

116) S. c. 2. X. de raptoribus. (5. 17.) (Eugenius III. a. 1150.)

117) Vgl. vorzüglich Briegleb, Geſchichte des Executivprozeſſes (Nürnberg 1839. 8.), Cap. III, S. 189 flg. S. auch den Art. Bann Bd. I, S. 606.

118) S. v. Droſte-Hülshoff a. a. O. Bd. I, §. 71, Anm. 343.

einer beſchränkteren Anwendung überhaupt. Die Stellung, welche der Staat ſeit dem 17. und 18. Jahrhunderte der Kirche gegenüber erlangte, führte zugleich dahin, daß, inſofern eine Excommunication bürgerliche Folgen haben ſollte, es zuvor des Conſenſes des weltlichen Richters ſelbſt bedürfe, was jetzt allgemein in den Geſetzgebungen ausgeſprochen iſt, wie in Preußen (allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 56, 57), Baden (conſtit. Edict von 1807, §. 11), Bayern (conſtit. Edict von 1818, §. 13) und in anderen Ländern.

Hieraus ergibt ſich, daß nach der Praxis jede Excommunication zunächſt nur in foro interno Effect haben kann. Dieß gilt insbeſondere auch von der excommunicatio latae sententiae, namentlich von der, welche wegen Verletzung eines Geiſtlichen gemäß dem privilegium canonis eintritt[119]). — Das Recht zu excommuniciren gebührt für die ganze Kirche dem Pabſte, für die Diöceſe dem Biſchofe, dem Pfarrer aber nur vermöge biſchöflicher Delegation[120]). Bei der excomm. latae sententiae, damit dieſe nach den Grundſätzen der Kirche auch in foro externo wirkſam ſei, iſt noch eine declaratoriſche Sentenz nothwendig[121]), bei der ferendae sententiae muß eigentlich eine dreimalige Ermahnung vorhergehen, die jedoch wie eine peremtoriſche Ladung in eine einmalige zuſammengezogen werden konnte[122]), während das Concil von Trient immer eine zwiefache Admonition verlangt[123]). — Die Befugniß zu excommuniciren gebührt aber auch den Vorſtehern der Klöſter über ihre Untergebenen[124]), ohne daß letztere aber auch bei ſonſtiger Exemtion der biſchöflichen Cenſur entzogen ſind[125]), ſo wie allen, welche eine iurisdictio quasi episcopalis haben, wie den Capiteln während der Sedisvacanz[126]).

Die Einwendung der Appellation gegen eine Excommunication iſt zwar zuläſſig, doch ſuspendirt das Rechtsmittel die Wirkung der Cenſur nicht[127]). Darauf muß vielmehr beſonders erkannt werden und dieß geſchieht durch Abſolution, regelmäßig abhängig von der erfolgten Beſſerung. Inſofern nicht Reſervatfälle vorhanden ſind, wie bei der excomm. latae sententiae[128]) für den Pabſt, wo, wenn der casus occultus iſt,

---

119) S. Note 114. Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 533.

120) Benedict XIV., de synodo lib. V. cap. IV.

121) Benedict XIV. l. c. lib. X. cap. I. §. V.

122) C. 48. X. de sent. excomm. (5. 39.) (Innoc. III. in Conc. Lateran. a. 1216.) c. 5. eod. in VIto. (5. 11.) (Innoc. IV. in Conc. Lugdun. a. 1245.) c. 9. eod. (Gregor. X. in Conc. Lugdun. a. 1274.)

123) Sess. XXV. cap. 3. de ref.

124) C. 10. X. de M. et O. (1. 33.) (Innoc. III. a. 1214.), nicht aber Aebtiſſinnen. c. 12. X. eod. (Honor. III. a. 1222.) Vgl. c. 10. X. de poenit. et remissionibus. (5. 38.) (Innoc. III. a. 1210.)

125) S. den Art. Biſthum Bd. II, S. 236. Vgl. beſ. Conc. Trid. sess. XXV. c. 12. de regularib.

126) S. den Art. Canonicus Bd. II, S. 560, Note 133.

127) C. 8. X. de off. iud. ord. (1. 31.) (Innoc. III. a. 1198.) C. 53. X. de appellat. (2. 28.) (Idem a. 1213.)

128) S. z. B. c. 18. 19. X. de sent. excomm. (5. 39.) u. a.

der Biſchof oder ſein Vicar in foro interno abſolviren kann[129]), geht die Abſolution regelmäßig von dem aus, der ſie verhängt hat[130]). Bezieht ſie ſich nur auf das forum conscientiae, ſo erfolgt ſie nach den Grundſätzen über das Sacrament der Buße, alſo von jedem Beichtvater und in articulo mortis von jedem Prieſter[131]), im äußerſten Falle ſelbſt vom Diaconus[132]). Die Abſolutionsform entſpricht der Form der Auferlegung. Bei der excomm. maior publica ſoll daher auch eine öffentliche Löſung eintreten. So beſtimmt die Ermländiſche Agende von 1616 (fol. 64): Si excomm. fuerit maior publica, absolutio quoque publice fiat et humerum eius, qui absolvendus est, virga leniter ad singulos versus Psalmi 85 vers. 2. 88 vers. 23. 60 vers. 48. percutiat. — Dieſer Gebrauch des Züchtigens mit Ruthen hat ſich in Polen bis zur neueſten Zeit erhalten. In Weſtpreußen wurde er durch Verordnung der Regierung erſt im Jahre 1810 abgeſchafft[133]). Uebrigens kann der Biſchof ſtets die öffentliche Buße in eine geheime verwandeln[134]).

Während die Excommunication nur eine Cenſur gegen einzelne beſtimmte Perſonen iſt, erſcheint gewiſſermaßen als eine generelle Excommunication das Interdict, d. i. die Unterſagung des Gottesdienſtes für eine Mehrheit von Perſonen (interdictum personale), oder für ganze Orte und Länder (int. locale). Angewendet wurde daſſelbe bereits im neunten Jahrhunderte[135]), vollſtändiger ausgebildet ſeit dem eilften[136]), doch noch mit der Excommunication gleichmäßig beurtheilt und von dieſer beſonders geſchieden, ſeit ſtrenger nicht eine völlige Aufhebung der Kirchengemeinſchaft darin erkannt, zugleich auch die Verhängung der Excommunication nur über Einzelne feſter beſtimmt wurde (ſ. Note 115). Man unterſcheidet das interdictum generale und particulare[137]). Ein generelles locales bezieht ſich auf größere Diſtricte, ein particulares locales auf eine einzelne Kirche[138]), ein generelles perſönliches auf ein Volk, das particulare perſönliche auf mehrere Perſonen, ja ſelbſt auf ein Individuum, inſofern es mit einer Mehrheit zuſammenhängt und dadurch auf dieſe mittelbar Einfluß geübt wird, wie beim Vorſteher der Kirche, dem

---

129) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 6. de ref. Vgl. die Facultates pro foro conscientiae von J. 1823 bei Jacobſon, Geſch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bd. I, Th. I, Urkunde Nr. III.

130) C. 21. §. 2. X. de off. iud. deleg. (1. 29.) (Coelestin. III. a. 1194.) c. 8. X. de off. iud. ord. (Note 127 cit.)

131) S. den Art. Buße Bd. II, S. 505.

132) Benedict. XIV., de synodo dioec. lib. VII. cap. XVI. §. VII.

133) Unter anderen gewöhnlichen Formeln ſ. m. z. B. die Synode zu Straßburg von 1435 (Hartzheim, Conc. Germ. Tom. V. fol. 369.), zu Baſel von 1503 (l. c. Tom. VI. fol. 10.). Ueber die in Rom üblichen Gebräuche vgl. m. Münter, Beiträge zur Kirchengeſchichte (Kopenhagen 1798. 8.), S. 176 flg.

134) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 8. de ref.

135) S. Gonzalez Tellez zum c. 5. X. de consuetud. (1. 4.) nr. 19.

136) Ivo Carnot. epist. 94. Baronius annal. eccl. ad a. 1034. nr. 18.

137) Vgl. Riegger l. c. §. LXXIV. p. 191.

138) C. 17. X. de V. S. (5. 40.) c. 10. 17. de sent. excomm. et interdicti in VIto. (5. 11.)

Herrn, denen der Eingang zur Kirche interdicirt wird[139]). Nach dem gemeinen Sprachgebrauche wurde ſpäter das perſönliche generelle Interdict ſchlechthin als Interdict bezeichnet.

Eigentlich müßte bei dieſer Cenſur der ganze Cultus ruhen, ſo weit er öffentlich iſt. Die vielen daraus hervorgehenden Nachtheile veranlaßten aber mannigfache Milderungen. So geſtattete ſchon Alexander III. im Jahre 1173 die Taufe und Buße der Sterbenden[140]), Innocenz III. auch die Predigt und Firmung[141]), ſo wie unter gewiſſen Beſchränkungen die Buße überhaupt[142]) und das ſtille kirchliche Begräbniß der Geiſtlichen[143]), ſo wie in den Klöſtern das Leſen einer ſtillen Meſſe, was zwei Jahre ſpäter auch den Biſchöfen erlaubt wurde[144]). Doch ſollten die Excommunicirten und Interdicirten nicht zugegen ſein, das Gotteshaus ſelbſt geſchloſſen und das Glockengeläute nicht angewendet werden. Dieß erweiterte Bonifacius VIII., indem er an den Feſten der Geburt des Herrn, Oſtern, Pfingſten und Mariä Himmelfahrt feierlichen Gottesdienſt, bei offenen Thüren, unter Glockengeläute und mit Zulaſſung der Interdicirten verſtattete[145]). Martin V. dehnte dieß auf die ganze Octave des Frohnleichnamsfeſtes aus[146]). Beſondere Privilegien für andere Feſte wurden außerdem den Franciscanern und anderen Orden bewilligt.

Die allgemeinen Grundſätze ſtimmen mit denen über die Excommunication überein. Das Recht zur Auferlegung des Interdictes hat ordentlicher Weiſe der Biſchof mit den Capiteln[147]). Seit dem ſiebzehnten Jahrhunderte iſt das Interdict nicht mehr zur Anwendung gekommen[148]), die Anwendbarkeit ſelbſt iſt aber auch ſpäter von der katholiſchen Kirche nicht bezweifelt worden, und Benedict XIV. empfiehlt dabei, daß nicht wegen leichter Vergehen dazu geſchritten werden ſoll[149]).

Als particulare Interdicte findet ſich aber noch das Verbot des Eintrittes in die Kirche für einen Geiſtlichen[150]), ſo wie das theilweiſe Ein-

---

139) C. 16. de sent. exc. in VIto. (5. 11.) S. Note 150.

140) C. 11. X. de sponsalibus. (4. 1.) Vgl. c. 11. X. de poenit. (5. 38.) c. 24. de sent. excomm. in 6to. (5. 11.)

141) C. 43. X. de sent. excomm. (5. 39.) (Innoc. III. a. 1208.) Vgl. c. 57. eod.

142) C. 11. X. de poenit. (5. 38.) (Innoc. III. a. 1214.) Vgl. c. 24. de sent. exc. in VIto.

143) C. 11. X. cit. (5. 38.)

144) C. 11. X. cit. c. 25. X. de privilegiis. (5. 33.) (Innoc. III. a. 1216.)

145) C. 24. de sent. exc. in VIto.

146) Constit. ineffabile v. J. 1429 (Bullar. Magnum ed. Luxemburg T. I. fol. 308.). Desgl. Constit. Excellentissimum Eugens IV. v. J. 1433 (eod. fol. 323.)

147) C. 2. X. de his quae fiunt. a mai. p. cap. (3. 11.) (Coelestin III. a. 1190.)

148) Zuletzt im J. 1606 gegen Venedig. S. Riegger l. c. §. LXXVI. p. 192.

149) De synodo dioec. lib. X. cap. I. §. III.

150) S. Note 139 und 175. Vgl. c. 48. X. de sent. exc. (5. 39.) (Innoc. III. in Conc. Lateran. a. 1216.) c. 20. eod. in VIto. (5. 11.) (Bo-

ſtellen gottesdienſtlicher Feierlichkeiten (cessatio a divinis), namentlich des Gebrauches der Glocken und Orgel, bald zum Zeichen öffentlicher Trauer wegen eines Vergehens oder einer der Kirche zugefügten Beleidigung[151]), bald Seitens des Capitels gegen den Biſchof, der die Gerechtſame deſſelben zu beſchränken ſucht[152]). Unter den erſten Geſichtspunkt fällt die im Jahre 1839—1840 im Erzbisthume Poſen-Gneſen angeordnete Maßregel bei der Beſtrafung des Erzbiſchofs Martin v. Dunin.

Die gemeinſchaftlichen poenae vindicativae ſind der weltlichen Juſtiz entlehnt. So Geldſtrafen[153]). Die ältere Kirche überließ dieſe dem Staate. So ſprach ſich noch das fünfte Carthagiſche Concil von 401 aus[154]). Bei der Verwandlung der Buße mit Rückſicht auf das germaniſche Compoſitionsweſen wurden aber Geldſtrafen üblich[155]), und den geiſtlichen Richtern nur auferlegt, ſich jedes Scheines der Habſucht zu enthalten[156]). Die Geldbußen ſelbſt ſollen den Ortsſtiftungen überwieſen werden[157]). Auch Züchtigung (Geißelung)[158]) war früher gegen Geiſtliche der niederen Weihen beſonders und gegen Regularen üblich. Minores, die einen Cleriker gegen die Vorſchrift der Kirchengeſetze bei einem weltlichen Richter belangten, ſollten 39 Hiebe empfangen[159]). Eine Ausartung war das förmliche Schlagen bei der Wiederaufnahme Excommunicirter (ſ. oben bei Note 133). Viel gebräuchlicher war und iſt noch jetzt die Gefängnißſtrafe (murus, immurare)[160]), auch bei Geiſtlichen. Sie kam oft vor als Einſperren in

---

nifac. VIII.) c. 9. de officio iud. ord. in VIto. (1. 31.) (Idem.) Conc. Trid. sess. VI. cap. 1. de reform in fin. (zur Strafe wegen Verletzung der Reſidenz der Biſchöfe und Erzbiſchöfe).

151) Vgl. c. 18. de sent. exc. in VIto. (Bonifac. VIII.) S. auch c. 2. de off. iud. ord. in 6to. (1. 16.) (Gregor X. a. 1274.) c. 8. eod. (Bonifac. VIII.)

152) C. 55. X. de appellat. (2. 28.) (Innoc. III. a. 1213.) c. 13. §. 1. X. de off. iud. ord. (1. 31.) (Innoc. III. a. 1216.) S. auch die in der vor. Note cit. Stellen.

153) Riegger l. c. §. LXXVIII—LXXXI. p. 193 sq.

154) Bei Gratian c. 3. Cau. XXI. qu. V. corrumpirt.

155) C. 2. X. de poenis. (5. 37.) (Capitul. lib. IV. c. 15.) c. 4. X. de raptoribus. (5. 17.) (Alex. III. a. 1179.) c. 18. X. de off. iud. ord. (1. 31.) (Honor. III. a. 1220.)

156) C. 3. X. de poenis. (5. 37.) (Alex. III. a. 1179.) c. 13. X. de off. iud. ord. (1. 31.) (Innoc. III. a. 1216.)

157) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 3. de ref. Benedict XIV., de synod. dioec. lib. X. cap. IX.

158) C. 6. Cau. XI. qu. I. (Conc. Matiscon. I. a. 581.) c. 8. dist. XLV. (Concil. Bracar. III. a. 675.)

159) S. J. H. Böhmer zum c. 6. (vor. Note cit.)

160) S. Du Cange s. h. v. Baluzius, Miscellanea lib. I. p. 207.: Definimus.. Bernardum perpetuo immurandum... Quod si de dicto muro sive carcere fugeret etc. Vgl. noch Cramer, kleine Schriften, herausgegeben von Ratjen S. 206.

ein Kloſter[161]) wegen der verſchiedenartigſten Vergehen[162]), aber auch in andere Gefängniſſe, welche in der älteren Zeit neben den Kirchen beſonders angelegt wurden (decanica, diaconica, secretaria)[163]), mit Entziehung beſſerer Lebensmittel (carena)[164]), ſelbſt lebenswierig (in perpetuum carcerem... pane doloris et aqua angustiae)[165]). Langwieriges Gefängniß erſcheint aber der Kirche als poena morti proxima[166]), da ſie keine Todesſtrafe vollzieht (ecclesia non sitit sanguinem)[167]), ſondern bei todeswürdigen Verbrechen die Execution dem Staate überläßt, namentlich aber den Feuertod empfiehlt: ut quam clementissime et citra sanguinis effusionem puniatur[168]). Auch infamirende Strafen, Brandmarken, Relegation u. ſ. w., ſind der älteren kirchlichen Praxis nicht unbekannt[169]). Nach den neueren Geſetzgebungen dürfen aber alle ſolche Strafen nur als Correctionsmittel in beſtimmten genau bezeichneten Grenzen angewendet werden. So erlaubt das preuß. Recht dem Biſchofe, die untergeordnete Geiſtlichkeit durch Geldbuße bis 20 Thlr. und Gefängnißſtrafe bis 4 Wochen zum Gehorſam und zur Beobachtung der Amtspflichten anzuhalten. Doch ſind auch geiſtliche Bußübungen auf längere und unbeſtimmte Zeit in einer Demeritenanſtalt oder in einem Kloſter ſtatthaft, in welchem Falle aber dem Oberpräſidenten die Acten jedes Falles eingeſchickt werden müſſen[170]). Aehnliche Beſchränkungen beſtehen faſt nach allen Particularrechten, wie in Weimar (Edict von 1823), Kurheſſen (Regulativ vom 31. Auguſt 1829), Baden (Erlaß vom Juli 1839) u. a.

---

161) Chr. Friedr. Ayrmann, comm. de monasterio carcere. Frcofurt 1747.

162) Vgl. Nov. 123. c. 11. 30. — Nov. 117. 127. c. 4. 134. c. 11. u. a. — c. 7. dist. L. (Conc. Agathense a. 506.) c. 6. §. 7. X. de homicidio. (5. 12.) (Alex. III. a. 1174.) c. 6. X. de poenis. (5. 37.) (Innoc. III. a. 1212.)

163) C. 30. C. Th. de haereticis. (16. 5.) c. 3. C. J. eod. (1. 5.) Vgl. Jac. Gothofredus zu c. 30. cit. Tom. VI. P. I. fol. 165. Nov. LXXIX. c. 3.

164) Gaertner, de incarceratione clericorum cum et sine carena. Altorf. 1727.

165) C. 27. §. 1. X. de V. S. (5. 40.) — c. 3. de poenis in VIto. (5. 9.)

166) S. Note 162 cit. c. 7. dist. L. und vorige Note.

167) S. Cau. XXIII. qu. V. c. 4. X. de raptoribus. (5. 17.) (Alex. III. a. 1179.)

168) C. 9. X. de haereticis. (5. 7.) (Lucius III. a. 1185.) c. 10. X. de iudiciis. (2. 1.) (Coelestin. III. a. 1192.) Die obige Sentenz, als die gewöhnliche, iſt z. B. im J. 1600 bei der Verbrennung des Jordanus Bruno ergangen. S. Rixner und Siber, Leben und Lehren berühmter Phyſiker des 16. Jahrh. Hft. 5. Sulzbach 1824. Schröckh, Kirchengeſch. ſeit der Reform. Bd. III, S. 136 flg.

169) c. 3. X. de crimine falsi. (5. 20.) (Urban III. a. 1186.) Riegger l. c. §. CIII. p. 205.

170) Allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 124, 125. Circ. des geiſtl. Miniſterium an ſämmtliche Biſchöfe vom 30. Juni 1828.

b) Beſondere Strafen für Geiſtliche.

Abgeſehen davon, daß jede Strafe, auch wenn ſie einen Laien treffen kann, durch die Anwendung gegen einen Geiſtlichen immer mehr oder weniger ſein Amtsverhältniß berührt, gibt es einzelne Strafmittel, welche nur in Beziehung auf die amtliche Stellung ſelbſt verhängt werden können.

Als Cenſur findet ſich die Suspenſion vom Amte (suspensio ab officio)[171], vom Genuſſe des Beneficium (a beneficio)[172] oder von beiden zuſammen (susp. generalis, während jene beiden nur speciales ſind). Rückſichtlich des Umfanges kann die Amtsſuspenſion nur einen Theil des officium ergreifen, nämlich als suspensio ab ordine, während die Rechte der äußeren Jurisdiction unverkürzt bleiben, was natürlich erſt möglich war, ſeit jemand den ordo ohne Amt beſitzen konnte[173]. Mit dem officium ſelbſt iſt jedoch der ordo genau verbunden, er iſt die Vorausſetzung jenes. In der suspensio ab officio liegt darum auch immer die ab ordine[174]. Die Suspenſion wird eine particulare auch inſofern, als nicht alle Amtsrechte oder der Geſammtgenuß des Beneficium oder der mehrerer Beneficien, die ein Geiſtlicher zugleich beſitzen kann, in suspenso ſind[175]. — Von der Suspenſion als Cenſur unterſcheidet ſich die als Strafe, inſofern ſie in perpetuum oder auf eine beſtimmte Zeit verhängt iſt[176], da die Beſſerung des Suspendirten nicht Grund der Aufhebung oder Abkürzung wird. Auf jede Suspenſion muß förmlich nach vorausgegangener Unterſuchung erkannt werden[177], es ſei denn, daß ſie als eine blos proviſoriſche Maßregel vom geiſtlichen Gerichte verfügt wird, wenn über einen Geiſtlichen eine Unterſuchung ſchwebt. Ergibt ſich ſpäter die Schuldloſigkeit, ſo verliert ſich auch der mit der Suspenſion verbundene Nachtheil bis auf den Moment der Verfügung hin. — Die Suspenſion ſoll übrigens nicht länger als ein Jahr dauern, da ſonſt das beneficium verloren geht[178].

Härter als die bloße Suspenſion iſt die förmliche, dauernde Entziehung des Amtes und des Amtsrechtes[179]. Ein kirchlicher

---

171) Riegger l. c. §. LXXXII. LXXXIII. p. 195 sq. Sam. Stryk, select. diss. vol. IV. disp. IV. de suspensione ab officio.

172) C. 16. de electione in VIto. (1. 6.) (Nicolaus III. a. 1278.)

173) Vgl. c. 32. dist. L. (Conc. Ancyr. a. 314.) c. 28. Cau. VII. qu. I. (c. 15. Conc. Aurelian. a. 538.): Transgressor canonum uno anno a celebratione missarum cessabit.

174) C. 1. de sent. et re iud. in VIto. (2. 14.) (Innoc. IV. in Conc. Lugdun. a. 1245.)

175) S. Conc. Trid. sess. VI. c. 1. de ref. — Als eine theilweiſe suspensio erſcheint auch die interdictio ingressus ecclesiae. S. oben Note 150.

176) S. z. B. die Note 173 cit. Stelle (uno anno). c. 7. §. 3. X. de electione. (1. 6.) (Alex. III. a. 1179.) (triennio suspensos.)

177) C. 26. X. de appellat. (2. 28.) (Alex. III. in Conc. Lateran. a. 1179.)

178) C. 8. X. de aetate. (1. 14.) (Coelestin. III. a. 1195.)

179) Wegen der hier eigentlich zu berückſichtigenden Irregularitas ex delicto ſ. m. Riegger l. c. §. LXXXV sq. Ueber die Depoſition und Degradation daſelbſt §. XCI sq.

Beamter, dem in der älteſten Zeit ſein Amt genommen wurde, hörte damit zugleich auf, Geiſtlicher zu ſein und wurde wieder Laie[180]). Dieß drückte man mit den Worten aus: a ministerio alienus sit et vacet a clero, alienus sit a dignitate, a sacerdotio, deiiciatur a clero et alienus existat a regula[181]), ab officio degradari[182]), und ſchon im ſechſten Jahrhunderte ab honore deponi[183]). Eine Depoſition konnte aber auch in der Verſetzung aus einem höheren ordo in einen geringeren beſtehen[184]). Seitdem aber die ſelbſtſtändige Cognition der Kirche über die Geiſtlichen feſtſtand (ſ. oben Note 45 flg.), und nur die gröberen Verbrecher, nachdem ſie des geiſtlichen Privilegium von der Kirche ſelbſt entkleidet waren, dem weltlichen Richter zur Vollziehung härterer Strafen überwieſen wurden, auch, ſeitdem die Prieſterweihe dem Cleriker einen unauslöſchlichen Charakter imprimirte, für die zwei oder drei höheren ordines eine Reduction in den Laienſtand nicht mehr erfolgen konnte[185]), bildeten ſich neue Unterſchiede zwiſchen der Depoſition und Degradation, im Verhältniſſe zur bloßen Privation des Beneficium. Die Depoſition iſt ſeitdem die Entziehung des Amtes und Beneficiums, zugleich mit der Unfähigkeit zum Erwerbe eines neuen, während die bloße Privation nur das bisherige Amt entzieht, aber die Möglichkeit der Erlangung eines anderen vorausſetzt[186]). Jede amtliche Verrichtung wird von nun an ein ſtrafbarer Exceß. Dazu gehört aber nicht das Leſen einer einfachen oder ſogen. ſtillen Meſſe, weil die Befugniß dazu unabhängig vom Amte ſchon durch die Prieſterweihe verliehen wird[187]). Der Deponirte ſoll nach Vorſchrift der Kirchengeſetze[188]) übrigens in ein Kloſter oder in eine unter der Aufſicht des Biſchofs ſtehende Anſtalt gebracht werden, um dort Buße zu thun. Zwang iſt jedoch hierbei meiſt unzuläſſig, und gewöhnlich muß

---

180) Vgl. J. H. Böhmer zum c. 7. dist. L. mit Beverginus zum c. 11 (12). Apostol. S. auch Kopp, die kathol. Kirche im 19. Jahrhunderte S. 270 flg.

181) S. J. H. Böhmer zum c. 33. Cau. VII. qu. I. Vgl. c. 8. Cau. I. qu. I. (Conc. Chalced. a. 451.) c. 9. eod. (Cap. incert.) c. 12. dist. XXXIV. und c. 1. dist. XXVII. (Martin Bracar. a. 572.) c. 33. Cau. VII. qu. I. (Conc. Rothomag. a. 878.)

182) c. 5. dist. XLVII. (Concil. Eliberit. a. 310.) c. 3. 5. dist. XLVI. (statuta eccl. antiqua c. 398.) c. 8. dist. LXXXI. (Concil. Cabillon. a. 813.)

183) C. 7. dist. L. c. 35. Cau. XII. qu. II. (Concil. Agath. a. 506.)

184) C. 9. dist. XXVIII. (Conc. Neocaesar. a. 314.), wo das: ab ordine deponi und inter laicos redigi unterſchieden wird.

185) Vgl. den Art. Diaconus Bd. III, S. 349. S. Richter, Lehrbuch des Kirchenrechtes §. 103.

186) C. 13. X. de vita et honestate clericor. (3. 1.) (Innoc. III. in Conc. Lateran. 1216.), wo der Unterſchied der privatio und depositio ſo ausgedrückt wird: Non solum ecclesiasticis beneficiis spolietur, verum etiam pro duplici culpa perpetuo deponatur.

187) Vgl. die königl. preuß. Cabinetsordre vom 16. Februar und das Miniſterialreſcript vom 28. April 1841 (Juſtizminiſterialblatt 1841, S. 159).

188) C. 8. dist. LXXXI. (Conc. Cabillon. a. 813.) c. 6. X. de poenis. (5. 37.) (Innoc. III. a. 1212.)

es genügen, daß polizeiliche und kirchliche Aufſicht ſtattfinde, um Aergerniſſen vorzubeugen[189]). Die Strafe iſt natürlich immer nur Folge eines richterlichen Erkenntniſſes, wobei nach den jetzigen Verhältniſſen der Staat ſtets mitwirkt. — Von der Depoſition unterſcheidet ſich aber die Degradation, welche in der Entziehung der geiſtlichen Würde, insbeſondere des privilegirten geiſtlichen fori, beſteht, während der Charakter allerdings unberührt bleibt. Sie erfolgt, ehe das Verbrechen dem weltlichen Gerichte zur Beſtrafung übergeben wird[190]). Die Vollziehung einer ſolchen Strafe ſollte eigentlich auf einer Synode oder durch eine concors sacerdotum sententia erfolgen[191]). Bei der Degradation des Biſchofs ſollten 12, bei der des Presbyter 6, bei der des Diaconus und Subdiaconus 3 Biſchöfe zugegen ſein. Später iſt indeſſen geſtattet worden, daß der Biſchof unter Zuziehung anderer Prälaten die Degradation bewirke[192]). Dabei werden verſchiedene Solennitäten angewendet (degradatio realis, actualis, solennis), indem öffentlich außerhalb der Kirche der mit allen Inſignien bekleidete Geiſtliche derſelben entkleidet und geſchoren wird[193]). Doch kann auch, ſelbſt ohne Anweſenheit der Prälaten, durch bloße Verkündigung des Urtheils (degradatio verbalis) die Degradation vollzogen werden, was bei den niederen ordines regelmäßig geſchieht. — Die Fälle, in denen dazu geſchritten wird, ſind durch das gemeine und particulare Recht beſtimmt[194]). Es ſind dieß namentlich die Ketzerei, Verfälſchung apoſtoliſcher Schreiben, Meuchelmord, wiederholte Sodomie, Anreizung zu Schmählichem in der Beichte, Feier der Meſſe oder Beichthören von einem Nichtprieſter, Falſchmünzen, Kirchenraub und andere ſchwere Verbrechen, durch welche der Tod oder Verſtümmelung verſchuldet ſind. — Einzelne Abweichungen finden ſich in den Territorialrechten, die indeſſen die kirchliche Wirkſamkeit bei der Degradation unbeſchränkt laſſen. So beruft ſich das preußiſche Recht hierbei geradezu auf das canoniſche[195]). In der Praxis wird jetzt übrigens die Degradation meiſt mit der Depoſition zuſammen vollzogen, da für die leichteren Fälle die Privation oder ſelbſt nur eine Strafverſetzung genügt, für die gröberen dagegen, in Folge ſchwerer Vergehen, die Jurisdiction des Staates begründet wird, und daher der vom bürgerlichen

---

189) S. z. B. bayer'ſches Concordat Art XII. d.

190) C. 10. X. de iudiciis. (2. 1.) (Coelestin. II. a. 1192.) c. 2. de poenis in VIto. (5. 9.) (Bonifac. VIII. a. 1298.)

191) Cau. XV. qu. VII. c. 3. X. de sent. et re iud. (2. 27.) (Gregor I. a. 596.)

192) Conc. Trid. sess. XIII. cap. 4. de ref.

193) C. 2. de poenis in VIto. cit. und beſonders das Pontificale Romanum.

194) S. Benedict XIV., de synodo dioec. lib. IX. cap. VI. §. VII sq. Heffter a. a. O. S. 159.

195) Allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 107: Wenn und wie ein katholiſcher Prieſter, bei der Entſetzung, auch ſeines geiſtlichen Charakters verluſtig werde, iſt nach den Grundſätzen ſeiner Kirche zu beurtheilen, wo ſtatt des Ausdruckes Charakter, der ja indelebilis iſt, Stand geleſen werden müßte.

Richter zu vollziehenden Strafe die Degradation, zugleich mit der Depoſition, vorhergeht[196]).

III. Die kirchlichen Verbrechen[197]).

Aus der obigen hiſtoriſchen Entwickelung der kirchlichen Strafgerichtsbarkeit ergibt ſich der Unterſchied der kirchlichen und der gemiſchten Verbrechen, im Gegenſatze der blos bürgerlichen. Die einzelnen zu jeder dieſer Claſſe gehörigen Verbrechen ſind nicht ſtets dieſelben geweſen, und die Anſichten über die Strafwürdigkeit, ſo wie die Strafbeſtimmungen ſelbſt haben mit der Zeit gewechſelt. Es muß daher von allen beſonders die Rede ſein und zwar zunächſt von den rein kirchlichen, ſowohl denen, die von jedem Mitgliede der Kirche begangen werden können (delicta ecclesiastica communia), als denen, die nur unter Vorausſetzung eines kirchlichen Amtes möglich ſind (del. eccl. propria).

a) Gemeine kirchliche Verbrechen.

Zu den delicta ecclesiastica communia gehören nach der älteren Auffaſſung alle diejenigen Handlungen, bei welchen die Moral und die Glaubenslehre verletzt werden. Nicht wenige derſelben haben aber, wenigſtens in foro externo, den Charakter des ſtrafbaren Verbrechens ganz verloren oder ſind der Cognition des Staates anheim gefallen. Es ſind daher hier nur diejenigen Delicte auszuzeichnen, bei welchen die Kirche ſtets einen vorzüglicheren Einfluß ſich erhalten hat. Dazu gehört vor allen 1) die Ketzerei (haeresis)[198]). Der Ausdruck[199]) wird oft in einer weiteren Bedeutung von jedem kirchlichen Vergehen gebraucht, da die Abweichung von der Lehre gleichſam als die Wurzel aller übrigen Verbrechen betrachtet wird. Die katholiſche Kirche geht aber von dem Grundſatze aus, daß von ihr abweichend weder gedacht, noch gelehrt werden ſoll[200]), und erklärt daher jeden für einen Ketzer, welcher einen unkirchlichen Satz vertheidigt, insbeſondere einen ſolchen, den die Kirche ausdrücklich verworfen hat[201]). Zum Begriffe des Verbrechens gehört daher

---

196) S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 102, Anm. 7.

197) Quellen und Lit. im allgemeinen ſ. oben Note 8. Die beſonderen werden bei den einzelnen Verbrechen ſelbſt genannt.

198) S. Cod. Theod. lib. XVI. tit. V. Cod. Just. lib. I. tit. V. de haereticis, Manichaeis et Samaritis. — Gratian Cau. XXIV. — Tit. X. V. 7. in 6to. V. 2. Clem. V. 3. Extrav. comm. V. 3. de haereticis.

199) Bei den alten Claſſikern iſt αἵρεσις eine Partei, eine Secte, mit einer eigenthümlichen Anſicht und Lebensweiſe, namentlich in philoſophiſcher und politiſcher Beziehung. Damit verband man ſchon früh den Begriff des Irrthums, wie öfter im neuen Teſtamente und ſpäter in der Kirche. Hieronymus erklärt: Haeresis graece ab electione dicitur, quod scilicet eam sibi unusquisque eligat disciplinam, quam putat esse meliorem (c. 27. Cau. XXXIV. qu. III.). Das teutſche Ketzer, welches man von Katze, Götze u. ſ. w. hat herleiten wollen, kommt her von καθαροί (Kathari, Gazzari), wie ſchon die Novatianer, dann andere Häretiker ſich ſelbſt nannten. Vgl. übrigens Suicer, thesaurus s. v. αἵρεσις und καθαρός.

200) C. 22. Cau. XXIV. qu. I. (Gregor I. a. 590.) c. 15. eod. (Pseudo-Isidor.) c. 9. X. de haereticis. (5. 7.) (Lucius III. a. 1184.)

201) C. 26 sq. Cau. XXIV. qu. III.

die Hartnäckigkeit (qui resistunt contumaciter, pertinaci animositate sententiam suam falsam defendunt). Wo dieſe fehlt, die Bereitwilligkeit ſich überzeugen zu laſſen vorhanden iſt, wird eine materiale Ketzerei angenommen, während die andere formal iſt[202]).

Bei der Beurtheilung dieſes Verbrechens ſchloß ſich die Kirche an das römiſche Recht an, erweiterte indeſſen den Begriff, namentlich auch diejenigen für Häretiker erklärend, qui alios, cum possunt, ab errore non revocant[203]). Die kirchliche Strafe iſt die Excommunication[204]). Auch ſollen die Kinder väterlicher Seite in den beiden erſten, die mütterlicher Seite im erſten Grade von der Erlangung kirchlicher Beneficien und weltlicher Aemter ausgeſchloſſen ſein[205]). Dazu trat noch die bürgerliche Strafe: Infamie, Verluſt der väterlichen Gewalt, der Teſtamentsfaction, Confiscation des Vermögens u. a.[206]). Die Kirche billigte dieſe Strafen[207]) und verordnete ſelbſt Auslieferung an den weltlichen Richter zur Vollziehung der Todesſtrafe[208]). Kaiſer Friedrich II. beſtätigte dieſe Vorſchriften und beſtimmte den Feuertod[209]). So wurde auch in Teutſchland die Ketzerinquiſition eingeführt, und bis zum ſechzehnten Jahrhunderte aufs ſtrengſte verfahren[210]). Die Bambergenſis von 1507, Art. 130, ſchreibt noch den Feuertod vor. Die Carolina von 1532 ſchweigt dagegen, in Folge der Reformation, und die ältere weltliche Geſetzgebung mußte ihre Anwendbarkeit verlieren[211]). Die vom Staate recipirten oder

---

202) v. Droſte=Hülshoff, Kirchenrecht §. 122 (Bd. II, Abth. II, S. 142).

203) C. 2. X. de haereticis. (5. 7.) (Leo a. 440.)

204) C. 6. Cau. XXIV. qu. II. (Synod. V. a. 553.) Tit. X. de haereticis a. a. O.

205) C. 15. de haereticis in VIto. (5. 2.) (Bonifac. VIII. a. 1298.)

206) S. Cod. Theod. und Just. h. t. Vgl. v. Buchholtz, juriſtiſche Abhandlungen aus dem Gebiete des heut. röm. Rechtes (Königsberg 1833. 8.), Nr. 5, S. 118 flg. v. Savigny, Syſtem des heut. röm. Rechtes Bd. II, S. 232.

207) C. 10. 13. §. 5. X. de haereticis. c. 2. §. 4. c. 8. §. 7. eod. in 6to.

208) C. 9. X. de haereticis. (5. 7.) (Lucius III. a. 1184.) c. 10. eod. (Innoc. III. a. 1199.) In der oben Note 160 cit. Stelle aus Baluzius iſt die Auslieferung an die curia secularis beſtimmt, wenn der eingekerkerte Geiſtliche flieht. S. Hurter, Innocenz III. Bd. II, S. 248 u. u. S. oben Note 168.

209) S. die Auth. Si vero. Credentes. Gazaros. Cod. de haereticis. (1. 5.) nach der c. 4 u. 19. Vgl. Const. Ad decus von 1220. Catharos von 1232 (Pertz, Monum. Germ. T. IV. fol. 284. 287.). u. a. Hartzheim, Conc. Germ. Tom. III. fol. 506 sq. Tit. de haereticis in VIto. (5. 3.) S. auch Eichhorn, teutſche Rechtsgeſch. Bd. II, §. 322.

210) S. z. B. Syn. Trevir. a. 1238. c. 31. (Hartzheim, Conc. Germ. Tom. III. fol. 560.) Syn. Ultraiect. a. 1310. c. 40. (l. c. Tom. IV. fol. 173.) Syn. Pragens. a. 1355. c. 56. (eod. fol. 399.) u. v. a. S. auch die Bulle Innocent VIII. vom 5. Dec. 1484 zur Ketzerverfolgung in Teutſchland bei Eiſenſchmid, Bullarium Bd. I, S. 364 flg.

211) S. noch Schömann, Handbuch des Civilrechtes Bd. II, S. 42—44: Was iſt von Juſtinian's Vorſchriften über die Ketzer zu halten? v. Savigny a. a. O.

tolerirten Religionsparteien fallen demnach nicht mehr unter den Geſichtspunkt der Häreſis, und die Bezeichnung: Ketzer, für einen Nichtkatholiken durch einen Katholiken wird als der Vorwurf einer früher als Verbrechen angeſehenen religiöſen Richtung eine Injurie[212]). Nur inſofern andere Delicte concurriren, wie unerlaubte Proſelytenmacherei, Sectenſtiftung, Aufruhr (haeresis turbulenta), tritt beſondere Strafe ein[213]). Der katholiſchen Kirche ſelbſt iſt aber dadurch ein Einſchreiten gegen ihre eigenen Glieder nicht benommen, und eine Privation des Beneficiums oder eine in foro conscientiae wirkſame Disciplin reſp. gegen Geiſtliche und Laien ihr allerdings überlaſſen. Wenn daher das preuß. allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 55 beſtimmt: Wegen bloßer von dem gemeinen Glaubensbekenntniſſe abweichender Meinungen kann kein Mitglied ausgeſchloſſen werden, und §. 74: Inwiefern Geiſtliche, bei innerer Ueberzeugung von der Unrichtigkeit der Grundbegriffe ihrer Religionspartei, ihr Amt dennoch fortſetzen können, bleibt ihrem Gewiſſen überlaſſen, ſo iſt dieß mit den Principien der katholiſchen Kirche nicht vereinbar und kann auch in der Praxis nicht feſtgehalten werden[214]). Von der Häreſis unterſcheidet ſich

2) das Schisma[215]), der Abfall von der ſichtbaren Einheit der Kirche. Anfangs erſcheint das Schisma mit der Häreſis identiſch, ſpäter wird dieſe auf die Lehre, jenes auf die äußere hierarchiſche Ordnung bezogen. Die Interpreten der heil. Schrift faſſen ſchon früh alſo den Unterſchied[216]) und daher erklärte auch Hieronymus: Inter haeresin et schisma hoc interesse arbitrantur, quod haeresis perversum dogma habeat, schisma propter episcopalem dissensionem pariter ab ecclesia separat[217]). Iſt dieſer Diſſens gegen eine niedere Kirchengewalt gerichtet, ſo wird es ein schisma particulare, wenn aber gegen den Pabſt ſelbſt und das allgemeine Concil, ein schisma universale. Vor allen iſt daher die Nichtanerkennung des Primates des Biſchofs von Rom ſchismatiſch, indem die Annahme deſſelben als: de necessitate salutis gefordert wird. So erklärt noch Leo XII. im J. 1826: Quisquis a catholica ecclesia fuerit separatus, quantum libet laudabiliter se vivere existimet, hoc solo scelere, quod a Christi unitate disiunctus est, non habebit vitam, sed ira dei manet super eum, und damit harmonirend Pius VIII. in der Encyclica vom 24. Mai 1829, Gre-

---

212) J. P. O. art. V. §. 35. Edict Carl's VI. vom 18. Juli 1715 u. a. Preuß. Edict für Schleſien v. 28. Auguſt 1742 (Korn'ſche Edictenſammlung Bd. I, S. 171). Vgl. Simon und v. Strampff, Rechtsſprüche der preuß. Gerichtshöfe Bd. I, S. 377 und loc. cit.

213) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. III, §. 209.

214) Mit Recht deutet darauf auch hin Laspeyres, Geſch. und heutige Verfaſſung der katholiſchen Kirche Preußens Bd. I, S. 469, Anm. 17.

215) S. die Quellen Note 198 verb. mit Tit. de schismaticis et ordinatis ab iis X. V, 8. in VIto. V, 3. Extr. Comm. V, 4. S. noch Jacob. Gothofredus zur c. 1. C. Th. de haereticis. (16. 5.) Tom. VI. P. I. fol. 123. Gonzalez Tellez zum c. 5. X. de electione (1. 6.) nr. 9 sq.

216) S. Suicer, thesaurus eccl. s. v. σχισματικός.

217) C. 26. Cau. XXIV. qu. III.

gor XVI. unterm 27. Mai 1830, 15. Auguſt 1832. — In der juriſtiſchen Beurtheilung wird übrigens das Schisma ganz wie die Häreſis aufgefaßt [218]). Dem Staate kann der Schismatiker nur dann ſtrafbar erſcheinen, wenn der Geſichtspunkt der Sectirerei hervortritt. — Als Verbrechen betrachtet die Kirche auch

3) Die Apoſtaſie [219]), d. h. das ſtrafbare Aufgeben eines status ecclesiasticus. — In der älteren Zeit nannte man vorzüglich diejenigen Apoſtaten, welche ſich nur zum Scheine hatten taufen laſſen und im Verborgenen heidniſchen Cultus trieben, ſo wie die, welche in den Verfolgungen abfielen (lapsi). Später ſonderte man genauer die einzelnen Fälle. Die Apoſtaſie iſt darnach a) apostasia fidei oder perfidia, d. i. das Aufgeben des status ecclesiasticus communis, alſo der Abfall vom Glauben. So lange die katholiſche Kirche als die allein herrſchende und berechtigte angeſehen wurde, war nicht blos derjenige, welcher vom Chriſtenthume ganz abtrat, alſo ſich zum Paganismus, Muhamedanismus oder Judenthum wendete, ein Apoſtat, ſondern auch jeder Häretiker und Schismatiker. Die Principien über Ketzerei kamen daher für infideles und haeretici als apostatae gleichmäßig zur Anwendung [220]). Seit der katholiſchen Kirche auch die evangeliſche gleichgeſtellt worden, iſt der Uebertritt von jener zu dieſer (wie umgekehrt) nicht mehr nach dieſem Geſichtspunkte zu beurtheilen und völlig freigeſtellt. Dieß iſt ebenſo im gemeinen [221]), wie im Particularrechte [222]) anerkannt. Nach allgemeinen Grundſätzen kann auch der Uebertritt zu einer nicht-chriſtlichen Confeſſion nicht als ein Verbrechen angeſehen werden, „denn es muß jedem freiſtehen, einen Glauben zu bekennen, den er wahr findet, wenn er keinen anderen deßhalb beleidigt oder angreift, noch durch Unſittlichkeit Aergerniß gibt [223]).“ Die katholiſche Kirche ſieht indeſſen Chriſten, die ſich zum Judenthume wenden, als ſtrafbar an und will, daß ſie wie Häretiker beurtheilt werden [224]), fordert auch, daß Alles vermieden werde, was den Verdacht einer Apoſtaſie erwecken könne, ſelbſt da, wo unter fremder nichtchriſtlicher Herrſchaft Chriſten ihren Aufenthalt haben [225]). Indeſſen hat doch nach

218) C. 2. Cau. IV. qu. I. (Nicolaus a. 865.) — C. 5. X. de electione. (1. 6.) (Alex. III. a. 1179.) u. a.

219) Tit. Cod. Theod. XVI. 7. Cod. Just. I. 7. de apostatis. — Tit. X. V. 9. de apostatis et reiterantibus baptisma. Vgl. G. M. Amthor, de apostasia liber singularis. Coburg 1833. 8.

220) S. Tit. Cod. Theod. XVI. 8. Cod. Just. I. 9. de Judaeis, coelicolis (et Samaritanis). Cod. Theod. XVI. 10. Cod. Just. I. 11. de paganis, sacrificiis et templis. v. Savigny a. a. O. S. 231 flg.

221) S. J. P. O. art. V. §. 34. 35. Teutſche Bundesacte Art. XVI u. a. m.

222) S. z. B. preuß. allg. Landr. Th. I, Tit. 4, §. 9, Tit. 12, §. 63, Th. II, Tit. 11, §. 40 flg. S. auch Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes u. d. W. Convertiten.

223) v. Droſte-Hülshoff, Kirchenrecht Bd. II, Abth. II, §. 122, S. 144.

224) C. 13. de haereticis in VIto. (5. 2.) (Bonifac. VIII. a. 1298.)

225) M. ſ. die Auseinanderſetzung Benedict's XIV., de synodo dioec. lib. XIII. cap. XX. über das Verhältniß der Chriſten in der Türkei.

den jetzigen Verhältniſſen die katholiſche Kirche kein Recht mehr, gegen eine Perſon, die ſich zu einer anderen Confeſſion begibt, einzuſchreiten[226]). Was aber die Stellung eines Apoſtaten dem Staate gegenüber betrifft, ſo entſcheiden darüber die beſonderen Verhältniſſe der einzelnen Länder ſelbſt. Bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts und vielfach noch ſpäter zog der Abfall zum Judenthume in ganz Teutſchland den Verluſt der bürgerlichen Gerechtſame, Verbannung und andere harte Strafen nach ſich. Man ſtützte ſich dabei beſonders auf den weſtphäliſchen Frieden Art. VII, §. 2: Praeter religiones (catholicam et augustanae confessioni addictorum) nulla alia in sacro imperio romano recipiatur vel toleretur. — Nur in einem beſchränkten Umfange (nach Zahl der Familien u. ſ. w.) war den Juden Duldung zugeſtanden und jeder neu eintretende, nicht ſchon vergleitete und privilegirte Jude bedurfte der perſönlichen Reception. Dieſe wurde dem Apoſtaten nicht zu Theil. Eine mildere Behandlung erfolgte beſonders ſeit der Zeit Friedrich's des Großen und Napoleon's, jedoch keine Gleichſtellung mit den recipirten chriſtlichen Confeſſionen. Wenn auch die älteren Strafen abgeſchafft wurden[227]), ſo hat doch der Unterſchied der Religion noch immer Einfluß auf die bürgerlichen Gerechtſame[228]), und dieß gilt vorzüglich vom Judenthume. Da, wo nicht eine förmliche Emancipation bewilligt iſt, oder ſpecielle Geſetze wegen einzelner Inſtitute das Nähere regeln, wie z. B. bei der Ehe zwiſchen Chriſten und Juden[229]), alſo auch den Uebertritt zum Judenthume freiſtellen, wird derſelbe nicht gebilligt werden können. Eine gewaltſame Verhinderung iſt indeſſen weder ſtatthaft, noch überhaupt möglich. Inſofern daher nicht beſondere ſtrafbare Umſtände obwalten, wie unerlaubte Proſelytenmacherei und dergleichen, wird im allgemeinen dieſer Religionswechſel mit Entziehung der Vortheile verbunden ſein, die an das chriſtliche Bekenntniß geknüpft ſind. Particularrechtlich kann dieß verſchiedene Folgen herbeiführen. In Preußen waren die Juden bis zum Jahre 1812 nur als eine Colonie ohne förmliche Staatsbürgerrechte geduldet. Die Befugniß, ſich durch chriſtliche Proſelyten zu erweitern, fehlte ihnen. Durch Geſetz vom 1. März 1812 wurde den damals im Staate befindlichen Juden das Staatsbürgerrecht gewährt. Andere, welche ihren Wohnſitz in Preußen aufſchlagen wollen, bedürfen dazu eines beſonderen Conſenſes. Dieſer wird aber Apoſtaten verſagt, und ſo verlieren chriſtliche Einwohner, welche zum Judenthume übertreten, indem ſie nun als

---

226) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 121.

227) v. Savigny a. a. O. S. 233: Apoſtaten (im Sinne der römiſchen Kaiſergeſetze) ſind in unſeren Staaten nicht mehr vorhanden, ſo daß inſofern ſelbſt die Möglichkeit der Anwendung fehlen würde. Eine ſolche Unmöglichkeit läßt ſich für die Apoſtaſie zum Judenthume allerdings nicht behaupten: dennoch wird ſchwerlich Jemand die Anwendung der römiſchen Geſetze auf dieſen Fall, vom Standpunkte des heutigen römiſchen Rechtes aus, in Schutz nehmen. S. auch das preuß. allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 1 flg.

228) S. z. B. allg. Landr. a. a. O. §. 5, 6.

229) S. den Artikel Ehe Bd. III, S. 551.

fremde, nicht recipirte zu betrachten ſind, ihr bisheriges Bürgerrecht[230]). — Anders verhält es ſich mit der b) apostasia ordinis, dem Aufgeben des status specialis clericorum[231]). In Uebereinſtimmung mit der kirchlichen Geſetzgebung[232]) verbot die weltliche[233]) unter ſchweren Strafen, nach Uebernahme eines ordo in die Welt zurückzukehren und ſich den Laien zuzugeſellen. In Teutſchland wurde durch die Capitularien dieſe Apoſtaſie ebenmäßig für ſtrafbar erklärt[234]), und auch durch ſpätere Decretalen[235]) Zwang und Strafe geſtattet. Da zwiſchen den ordines maiores und minores die Geſetze nicht unterſchieden, ſeit dem Eheverbote für minores aber von ſelbſt der Abſchluß der doch giltigen Ehe die Entfernung aus dem Clericate zur Folge hatte, verordnete die Kirche, daß nur ſolche Perſonen überhaupt die Tonſur und einen ordo erhalten ſollten, von denen zu erwarten ſtehe, daß ſie auch die höheren Weihen zu erlangen ſuchen würden[236]). Ein minor, der aber ſeinen ordo aufgibt, kann auch nach kirchlichen Grundſätzen nicht zurückgehalten werden, wohl aber der maior, zumal der Prieſter, der nie mehr Laie werden kann[237]). Practiſch iſt aber ein Zwang für jemand, im Clericate zu verbleiben, nicht mehr möglich. Die Apoſtaſie vom ordo führt daher nur zum Verluſte aller mit demſelben verbundenen Befugniſſe. Strenger ſind die Grundſätze der Kirche bei der c) apostasia a religione oder monachatus, beim Verlaſſen des Kloſters und der Ordensregel[238]). Was von der Verpflichtung durch den Empfang der Weihe die frühere Legislation vorgeſchrieben hatte, war immer auch auf die professio religionis mit ausgedehnt worden[239]). Ein gewaltſames Zurückhalten im Kloſter oder ein Zurückführen in daſſelbe iſt indeſſen particularrechtlich nicht ſtatthaft[240]). Als ein gemeines kirchliches Verbrechen erſcheint

4) die Simonie[241]), der Handel mit geiſtlichen Gütern (emtio

---

230) Vgl. noch die Reſcripte vom 19. Nov. 1814, 10. März 1818 und 28. Dec. 1834. S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 211, 212. v. Droſte-Hülshoff a. a. O. Bd. I, §. 71, Anm. 337.

231) S. Thomassin, vetus ac nova eccl. disciplina P. II. lib. I. cap. XI. XIV.

232) Vgl. z. B. c. 7. Conc. Chalced. a. 451. (c. 3. Cau. XX. qu. III.)

233) Nov. VI. c. 7. CXXIII. c. 15.

234) S. Cap. Aquisgran. a. 789. c. 26. (Pertz, Mon. Germ. T. III. fol. 58.) beſtätigt den c. 7. Conc. Chalc. (Note 232). Cap. Francoford. a. 794. c. 24. u. a.

235) C. 1. 3. 5. X. de apostatis. (5. 9.)

236) Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 4. de ref.

237) Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 4. u. can. 4. de sacram. ord.

238) S. Benedict XIV., de synodo dioecesana lib. XIII. cap. XI. XII. verb. Thomassin, Note 231 cit.

239) Außer den vorhin cit. Geſetzen ſ. m. noch c. 69. dist. L. (Conc. Arelat. III. a. 452.) c. 24. X. de regularibus. (3. 31.) (Gregor. IX.) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 19. de regularib. Vgl. auch den Art. Gelübde.

240) Vgl. z. B. allg. preuß. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 1179.

241) S. Cau. I. — Tit. X. V. 3. Extr. Comm. V. 1. de simonia et ne aliquid pro spiritualibus exigatur. Tit. X. V. 4. Ne praelati vices

venditio rei spiritualis aut temporalis spirituali annexae)[242]. Die heilige Schrift[243]) und ihr gemäß die kirchliche Geſetzgebung[244]) fordert, daß jedes geiſtliche Gut, ebenſo wie die Gnade Gottes, der es verdankt wird, unentgeltlich gegeben werde: denn gratia si non gratis datur vel accipitur, gratia non est. Wer daher für eine gratia etwas gibt oder empfängt, erlangt dieſelbe nicht (simoniaci autem non gratis accipiunt, igitur gratiam, quae maxime in ecclesiasticis ordinibus operatur, non accipiunt), er macht ſich aber auch zugleich einer verbrecheriſchen Handlung ſchuldig, eines sacrilegium, crimen capitale u. ſ. w.[245]), ähnlich dem Simon, der den heiligen Geiſt kaufen wollte, um ihn mit Vortheil zu verkaufen[246]). Er iſt alſo ein simoniacus, haereticus, begeht das Verbrechen der Simonie.

Dieſes Princip wendete die Kirche nun auf alle diejenigen Verhältniſſe an, welche mit der Weihe und den daraus hervorgehenden Rechten und Pflichten in irgend einem Zuſammenhange ſtehen. Der wichtigſte Fall bezog ſich aber auf die Ordination ſelbſt und die Verleihung von Beneficien, wenn dieſelbe nicht gratis erlangt wird. Man erklärte daher auch geradezu die Simonie für einen ambitus ecclesiae[247]) und unterſchied dabei folgende Fälle: a) Simoniaci simoniace ordinatores vel ordinati, wo die unmittelbar Betheiligten ſelbſt contrahiren[248]). b) Simoniaci simoniace a non simoniacis ordinati, wo der Ordinirende nicht davon weiß, daß ſeine consiliarii beſtochen worden ſeien[249]). c) Non simoniaci simoniace a simoniacis ordinati, der umgekehrte Fall von b, indem der Ordinirte nicht von vorgekommener Beſtechung Kunde hat[250]). d) Non simoniaci simoniace a non simoniacis ordinati, wo nur Unterhändler auf beiden Seiten delinquiren[251]).

Man unterſcheidet eine simonia conventionalis (simplex), wenn ein Vertrag geſchloſſen, aber noch nicht geleiſtet iſt, und eine simonia realis, wenn der Vertrag geſchloſſen und erfüllt wurde, ſo wie eine simonia mentalis, wenn ohne förmlichen Vertrag die

---

suas vel ecclesias pro annuo censu concedant. Tit. X. V. 5. Clem. V. 1. de magistris et ne aliquid exigatur pro licentia docendi. — Thomassin, vetus ac nova eccl. disciplina P. III. lib. I. cap. XLIX—LXXII. J. H. Böhmer, diss. de involucris simoniae detectis. Halae 1715. 4. Pertsch, de crimine simoniae; praemissa est J. H. Böhmer, diss. epist. de intentione patrum circa doctrinam de simonia. Halae 1719. 4. Sauter, fundamenta iuris eccl. §. 1229 sq.

242) Gratian vor c. 1. Cau. I. qu. III.

243) Ev. Matth. X, 8.

244) C. 99 sq. c. 116 sq. Cau. I. qu. I. u. a.

245) S. z. B. c. 11. Cau. I. qu. I. c. 1. Cau. I. qu. III.

246) Apoſtelgeſch. VIII, 14 flg. c. 5. 6. 11. 16. Cau. I. qu. I. u. a.

247) S. c. 118. Cau. I. qu. I. c. I. Cau. I. qu. III. u. a. S. den Art. Amtsverbrechen Bd. I, S. 233—235.

248) C. 107. Cau. I. qu. I.

249) C. 113. Cau. I. qu. I.

250) C. 107 sq. Cau. I. qu. I. c. 1. 3. Cau. I. qu. V. Gratian post c. 3. Cau. I. qu. VI. c. 22. 25. X. de simonia. (5. 3.)

251) Gratian post. c. 2. Cau. I. qu. V.

Leiſtung erfolgt[252]). Ferner eine simonia iuris divini seu naturalis, wenn der Gegenſtand wirklich eine res spiritualis iſt, die man durch eine res temporalis erlangen will, und eine simonia iuris ecclesiastici, wenn nur mittelbar durch Hingabe der res temporalis die spiritualis berührt wird, und das Kirchengeſetz dieſen Vertrag verboten hat. Hier können daher verſchiedene Fälle eintreten, bei denen das Verbrechen nicht begangen wird; wie die Entrichtung einer dos beim Eintritte in ein Kloſter, die Abgabe eines Canonicus bei Erlangung einer Präbende u. a.[253]). Verſchiedene andere Fälle, die nach kirchenrechtlicher Beſtimmung als Simonie erſcheinen, verlieren aber das verbrecheriſche Moment, wenn ſie durch eine gute Gewohnheit gerechtfertigt werden, oder zur Kenntniß des Kirchenoberen gelangen und von dieſem gebilligt werden. So wenn jemand ein Beneficium erhält, bei welchem die Früchte des erſten Jahres den Erben des verſtorbenen Vorgängers abgetreten werden müſſen[254]), wenn jemand zu Gunſten einer beſtimmten Perſon mit Genehmigung des Biſchofs reſignirt[255]), wenn jemand mit Conſens des Kirchenoberen darüber tranſigirt, um früher zum Beſitze eines Benificium zu gelangen[256]). Sonſt iſt jede Abtretung des Beneficii mit irgend welchen Reſervationen, namentlich einer Penſion, der Bedingung des Abtretens an einen Dritten (simonia confidentialis — simoniaci fiduciarii), jede Alienation, alſo auch ein Transact, ſtrafbare Simonie[257]).

Nach der Strenge des Begriffes müßten eigentlich alle geiſtlichen Functionen gratis erfolgen. Da indeſſen die Einkünfte des Beneficium meiſtens nicht ausreichen, um den Geiſtlichen zu erhalten, dieſer aber von ſeiner Stelle leben ſoll, ſo ſind theils freiwillige Gaben erlaubt (ſ. den Art. Stolgebühren), theils hat die Kirche ſelbſt gewiſſe Gebühren beſtimmt und durch Stoltaxen deren Maß feſtgeſetzt. Doch gibt es, abgeſehen davon, daß niemals die Gaben erzwungen werden ſollen[258]), einzelne Gegenſtände und Verrichtungen, bei welchen ſelbſt freiwillige Gaben unſtatthaft ſind. So bei der Verabreichung des geweihten Oeles, des Chrisma und der Reliquien[259]), für die Ertheilung der Weihen, der Dimiſſorialien, Zeugniſſe und für die Concursprüfung zu einer Pfarre[260]), mit Ausnahme üblicher Expeditionsgebühren.

---

252) C. 34. X. de simonia. (5. 3.) (Innoc. III. a. 1207.) Lancelott, institut. iuris can. lib. IV. tit. III. §. 2.

253) C. 44. X. de simonia. (5. 3.) (Gregor. IX.) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 14. de ref. Const. Pius V. Durum nimis. Const. Innoc. XII. Ecclesiae Catholicae, und überhaupt Benedict XIV., de synodo dioec. lib. XI. cap. VI. §. III—VIII.

254) Benedict XIV. l. c. lib. XII. cap. VII. §. III.

255) L. c. lib. XIII. cap. X. §. XVII.

256) L. c. lib. XII. cap. VI. §. IX.

257) C. 4. 7. X. de transactionibus. (1. 36.) c. 5, 7. X. de rerum permutatione. (3. 19.) c. 38. X. de simonia (5. 3.) u. a.

258) C. 42. X. h. t. (5. 3.) (Innoc. III. in Conc. Lateran. a. 1216.)

259) C. 16. 36. X. h. t. (5. 3.) c. 2. X. de reliq. et venerat. Sanctorum. (3. 45.)

260) Conc. Trid. sess. XXI. cap. I. sess. XXIV. cap. 18. de ref.

Was die ſtrafbaren Leiſtungen ſelbſt betrifft, ſo gehört dahin jede Gabe, jeder Dienſt, jede Gunſt[261]), möge ſie vorher, zur Zeit der Erlangung des Begehrten oder nachher erfolgen[262]).

Die Kirche hat von jeher die Simonie als eins der ſtrafwürdigſten Verbrechen angeſehen, und erklärt: Omnia crimina ad comparationem simoniacae haeresis quasi pro nihilo reputantur[263]). Genauere Strafbeſtimmungen finden ſich übrigens nur für die Simonie bei der Ordination und Proviſion, während in den anderen Fällen der geiſtliche Richter ex arbitrio die Strafen abzumeſſen hat. Im allgemeinen iſt das pactum wirkungslos und der Act ſelbſt nichtig[264]). Der Ordinator verliert ſein ius ordinationis, und der Ordinirte ſelbſt wird ſuspendirt und irregularis ex delicto[265]). Das erlangte Amt geht verloren, der Providirte wird irregulär, und alle Theilnehmer ſind ipso facto excommunicirt[266]). Iſt der Providirte ſelbſt unſchuldig, ſo wird er in Folge ertheilter Dispenſation in der Stelle erhalten[267]). Regularen, die durch Simonie ins Kloſter aufgenommen ſind, ſollen eingeſperrt werden und werden excommunicirt. Der, welcher ſie aufgenommen, wird gleichfalls excommunicirt und vom Amte ſuspendirt[268]). — Das Dispenſationsrecht hat im allgemeinen der Pabſt und der Biſchof, der ſelbſt unbetheiligt iſt, nur bei der simonia occulta[269]). Die simonia mentalis wird nur als Sünde im Beichtſtuhle beſtraft.

Aller Verdacht der Simonie ſoll aufs eifrigſte vermieden und wo derſelbe vorhanden iſt, durch die Leiſtung eines Reinigungseides (iuramentum simoniae) beſeitigt werden[270]). Selbſt unabhängig vom Verdachte iſt particularrechtlich öfter dieſer Eid von den Ordinanden oder Providenden gefordert worden. So beſtimmt bereits eine Synode zu Lüttich vom J. 1287: Archidiaconi vel Decani nullum admittant ad

---

261) C. 114. Cau. I. qu. I. c. 8. Cau. I. qu. III. — Petrus Damiani erklärt darüber: Tria dicuntur esse munerum genera, scilicet munus a manu i. e. pecunia, munus ab obsequio i. e. obedientia subiectionis, et munus a lingua i. e. favor adulationis. Gratian vor Cau. I. qu. I. mit obsequium, preces, pecunia.

262) C. 21. in fin. Cau. I. qu. I. c. 7. 15. Cau. I. qu. III. c. 18. X. h. t. (5. 3.)

263) C. 27. Cau. I. qu. VII. (Paschalis?) Vgl. c. 16. in fin. c. 115. Cau. I. qu. I. c. 13. Cau. I. qu. III.

264) C. 8. X. de pactis. (1. 35.) (Gregor. IX. a. 1229.)

265) C. 43. Cau. I. qu. I. c. 24. Cau. XXV. qu. II. (episcopi — ordinationis ius alterius non habebunt nec illi unquam sacramento intererunt. — Leo a. 442.) c. 37. 45. X. h. t. (5. 3.)

266) C. 6. 11. 13. 27. 34. X. h. t. (5. 3.) Extrav. comm. c. 2. h. t. (5. 1.) (Pius II. 1464.)

267) C. 27. 33. X. h. t. (5. 3.) Vgl. c. 59. X. de electione. (1. 6.)

268) C. 19. 25. 40. X. h. t. (5. 3.) c. 1. Extr. comm. eod. (5. 1.) (Urban. IV. a. 1262.)

269) C. 22. 25. X. h. t. (5. 3.) Conc. Trid. sess. XXIV. c. 6. de ref. (ſ. den Art. Dispenſation Bd. III, S. 459, 460). Die Biſchöfe ſelbſt haben ſich dieſen Fall regelmäßig reſervirt.

270) Vgl. deßhalb ſchon Nov. CXXXVII. cap. 2.

aliquod beneficium ecclesiasticum, nisi primo iuret, quod ipsum beneficium canonice sit adeptus... et quod in adeptione beneficii simoniam vel pactionem illicitam non commiserit, nec credit ab aliquo commissam[271]), und in ähnlicher Weiſe ſpäter viele Synoden Teutſchlands[272]). Die neuere Praxis hat dieß aber nicht beibehalten.

b) Beſondere Verbrechen der Geiſtlichen[273]).

Schon durch die Verübung eines gemeinen Verbrechens wird immer in gewiſſer Weiſe auch das Amt verletzt, und die gewöhnliche Strafe erhält einen Beiſatz, mit Rückſicht darauf. Doch kann ein Geiſtlicher auch im Beſonderen die durch das Amt und den Stand gebotenen Verpflichtungen übertreten, und es entſteht ein Amtsvergehen, welches eine beſondere Strafe trifft. Eine ſolche Verletzung heißt überhaupt excessus[274]), und es laſſen ſich dabei weniger die einzelnen Fälle erſchöpfend angeben, als nur die Geſichtspunkte für die Beurtheilung ſelbſt bezeichnen. Es wird nämlich Amt und Stand entweder im allgemeinen verletzt, oder eine ſpecielle Pflicht derſelben durch poſitives Zuwiderhandeln oder Vernachläſſigung. Auch kann durch widerrechtliche Ausdehnung der Befugniſſe über die gebührenden Grenzen, Mißbrauch der geiſtlichen Amtsgewalt[275]), ein Exceß herbeigeführt werden.

Eben darum können die geeigneten Strafen immer erſt in jedem vorliegenden Falle abgemeſſen werden. Sie ſind im allgemeinen arbitrår, inſofern nicht ein beſtimmtes mit eigener Strafe bedrohtes Delict concurrirt. Die Grundſätze über die Ordination, die Sacramente (z. B. bei der Bewahrung des Beichtſiegels), den Cölibat (namentlich beim Concubinat) u. ſ. w. dienen zur näheren Motivirung. Kirche und Staat ſind in den meiſten Fällen hier zugleich betheiligt, und die Strafen beider werden nach den beſtehenden Verhältniſſen (ſ. oben) zur Anwendung gebracht.

c) Gemiſchte Verbrechen.

So lange das weltliche Strafrecht ſich im weſentlichen auf dem privatrechtlichen Standpunkt eerhielt, und bei vielen Verbrechen ſeine Cogni-

---

271) Hartzheim, Conc. Germ. Tom. III. fol. 702.

272) S. z. B. Synod. Colon. a. 1536. P. I. c. 34. Moguntia a. 1549. c. 91. Synod. Salzburg. a. 1569. Const. XIII. cap. 6. (Hartzheim l. c. Tom. VII. fol. 254.) Vgl. überhaupt Pyrrhus Corradus, praxis beneficiaria. (Colon. 1679.) lib. IV. cap. 5.

273) Vgl. Tit. X. III. 1. in VIto. III. 1. Extr. comm. III. 1. de vita et honestate clericorum. Tit. X. V. 24. de clerico venatore. V. 25. de clerico percussore. V. 26. de maledicis. V. 27. de clerico excommunicato, deposito vel interdicto ministrante. V. 28. de clerico non ordinato ministrante. V. 29. de clerico per saltum promoto. V. 30. de eo, qui furtive ordinem suscepit. Tit. X. V. 31. in VIto. V. 6. Clem. V. 6. de excessibus subditorum et praelatorum. Vgl. den Art. Amtsverbrechen und die daſelbſt cit. Literatur. S. beſ. J. H. Böhmer, ius eccl. Prot. lib. V. tit. 31.

274) S. J. H. Böhmer, de excessuum poenis in den Exercitationes ad Pandectas Tom. VI. p. 1 sq.

275) Wegen der deßhalb zuläſſigen appellatio ab abusu ſ. unten Note 325 flg.

tion ruhen ließ, übernahm die Kirche die Zucht, welche ſie durch die Sündhaftigkeit der zu rügenden Handlungen rechtfertigte. Indem der Staat aber nach und nach, großentheils durch die Mahnungen der Kirche ſelbſt veranlaßt, zum Bewußtſein des ihm competirenden Rechtes, zugleich ſeiner Pflicht, gelangte, fiel die kirchliche Einwirkung entweder ganz fort oder nahm nur einen acceſſoriſchen Charakter an. Bei einzelnen Verbrechen beſtritt jedoch die Kirche gänzlich die Strafbefugniß des Staates, bei anderen behauptete ſie ein gleiches Recht mit dem Staate. Geſtützt auf c. 8. X. de foro competenti (2. 2.), c. 2. de exceptionibus in 6to. (2. 12.) und andere (ſ. oben Note 72 flg.) entwickelten die Canoniſten daraus die Theorie der gemiſchten Verbrechen, bei denen die Prävention den Ausſchlag für die Competenz geben ſollte. Zwar ſind ſpäter manche der hier in Betracht kommenden Delicte ganz aus der Reihe der Verbrechen geſchieden oder doch dem Staate zur Beurtheilung zugefallen; die Hervorhebung der wichtigeren rechtfertigt ſich indeſſen daraus, daß bald die Begriffsbeſtimmung, bald die ganze Entwickelung von der Kirche ausgegangen iſt. Es gehören hierher

1) die Blasphemie, Gotteslächterung [276]), unmittelbar gegen Gott ſelbſt, mittelbar gegen die heilige Jungfrau und die Heiligen [277]). Das canoniſche Recht droht mit Depoſition für Cleriker, und Pönitenzen und Kirchenbuße für Laien [278]). Die Reichsgeſetze beſtimmten Strafe an Leib oder Leben [279]). Das ſpätere Recht hebt mehr den Geſichtspunkt der Injurie und des öffentlichen Aergerniſſes hervor, beſonders inſofern es im Intereſſe des Staates liegt, das Anſehen der Religion zu ſchützen [280]). Kirchlich wird es außerdem in foro conscientiae gerügt.

2) Die Zauberei (magia) [281]), die Bewirkung übernatürlicher Dinge durch den Bund mit böſen Geiſtern, von der Kirche mit der Excommunication beſtraft. Dazu traten die ſchwerſten weltlichen Maßregeln, ſelbſt Feuertod. Jetzt entſcheidet die Rückſicht auf Betrug und angeſtifteten Schaden [282]).

3) Das Sacrilegium begreift im weiteren Sinne jede Verletzung eines heiligen Gegenſtandes, eines Ortes, einer Perſon, einer Sache (Quicquid in sacratis Deo rebus et episcopis iniuste agitur, pro sacrilegio reputatur) [283]). Daher macht ſich dieſes Verbrechens

---

276) Vgl. Tit. X. V. 26. de maledicis in VIIto. de blasphemis et aleatoribus. (5. 7.) S. v. Preuſchen, Beiträge zu dem Verbrechen der Blasphemie, durch Rechtsfälle erläutert: im Archive des Criminalrechtes Jahrg. 1841, St. II, Nr. XI und daſelbſt S. 292, Anm. 1 die cit. Literatur.

277) C. 2. X. h. t. (5. 26.) (Gregor. IX.)

278) C. 10. Cau. XXII. qu. I. (Pius Papa cf. Nov. LXXVII.)

279) Reichspolizeiordn. v. 1530. S. Bamberg. Art. 127. Carolina Art. 106 u. a.

280) S. überhaupt Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. III, §. 208.

281) S. Tit. X. de sortilegiis. (5. 21.) Vgl. Causa XXVI.

282) S. Henke a. a. O. §. 209 im Eingange.

283) C. 7. X. de R. J. (5. 41.) (Stephanus Papa a. 257. Ps.-Is.) Vgl. c. 3. Cau. XII. qu. II. (Pius Papa. Ps.-Is.) c. 5. eod. (Capitul. lib.

ſchuldig, wer die Kirche in ihren Functionen ſtört, alſo wer eine Kirche nicht einrichten oder weihen läßt[284]), und beſonders, wer den öffentlichen Gottesdienſt hindert oder beunruhigt (turbatio sacrorum)[285]). Sodann wer ſich eines Rechtes der Kirche anmaßt[286]), namentlich kirchliche Sachen veräußert[287]), Legate der Kirche vorenthält[288]) und ganz beſonders die Kirche beſtiehlt. Der einfache Diebſtahl heißt daher, wenn er gegen die Kirche verübt wird, Kirchenraub[289]). Dazu gehört das auferre sacrum de sacro, sacrum de non sacro, non sacrum de sacro[290]). So wie aber ſchon das römiſche Recht beſtimmte, daß eine aus einem heiligen Orte geraubte nicht heilige Sache nicht ein sacrilegium, ſondern ein einfaches furtum begründe[291]), iſt dieß auch bisweilen in der Kirche angenommen worden[292]). — Der Begriff des sacrilegium wurde dann auch auf diejenigen angewendet, welche gegen göttliche Geſetze fehlten oder ſich eines Irrthums in Glaubensſachen ſchuldig machten. Mit Rückſicht auf das römiſche Recht erklärte darüber Gratian: Committunt etiam sacrilegium, qui contra divinae legis sanctitatem aut nesciendo committunt, aut negligendo violant et offendunt: aut qui de principali iudicio disputant, dubitantes, an is dignus sit, quem princeps elegerit etc.[293]), und was vom Urtheile des Kaiſers, ſollte auch von dem des Pabſtes gelten, wegen des Primats[294]). Auch gilt es für ein Sacrilegium, Juden öffentliche Aemter zu übertragen: quia sub hac occasione christianis iniuriam faciunt[295]). Als der gröbſte Fall wird das sacrilegium luxuriosum betrachtet, die Verführung einer Nonne, indem darin vier Ver-

---

VI. c. 405.) c. 21. Cau. XVII. qu. IV. (Conc. Ravenn. a. 877. et Johann. VIII. a. 878.) S. insbeſondere Gratian vor c. 21. cit. Sam. Fr. de Böhmer, diss. de variis sacrilegii speciebus ex mente iuris canonici. Halae 1724.

284) C. 125. Cau. I. qu. I. (Paschalis II. c. 1100.)

285) C. 10. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) Nov. CXXIII. cap. 31., woraus die Auth. sed novo iure (nach c. 10.) C. cit. (1. 3.) S. Bülow und Hagemann, practiſche Erörterungen Bd. I, S. 73 flg.

286) C. 16. X. de foro comp. (2. 2.) (Gregor. IX. a. 1230.)

287) C. 55. Cau. XVII. qu. IV. (Lucius Episcopus. Ps.-Is.)

288) C. 4. Cau. XVII. qu. IV. (Gregor. I. a. 599.) Vgl. c. 10. Cau. XIII. qu. II. (Conc. Vasense a. 442.)

289) C. 18. Cau. XVII. qu. IV. (Ps.-Is.) c. 21. cit. eod. c. 3. Cau. XXIII. qu. IV. (Augustin. a. 412.): Qui aliquid de ecclesia furatur, Judae proditori comparatur.

290) Gratian vor c. 21. Cau. XVII. qu. IV. und c. 21. ſelbſt.

291) L. 5. D. eod. L. Julian. peculatus et de sacrilegis. (48. 13.) (Marcian. lib. V. regular.) So entſchieden Sever und Antonin. Vgl. aber L. 16. §. 4. D. de poenis. (48. 19.) (Claudius Saturninus de poenis paganorum.) Im vierten Jahrhunderte ſtritt man deßhalb. S. Jul. Victor ars rhetorica. c. III. §. 3. c. VI. §. 4. 5. c. XVI.

292) C. 3. in fin. Cau. XXIII. qu. IV. mit offenbarer Hindeutung auf den Inhalt der L. 5. D. cit. (48. 13.)

293) Gratian §. 1 vor c. 30. Cau. XVII. qu. IV. Vgl. Cod. J. IX. 29. de crimine sacrilegii.

294) Gratian cit. §. 2 und c. 30. ſelbſt. (Nicolaus c. a. 863.)

295) C. 31. Cau. XVII. qu. IV. (Conc. Tolet. IV. a. 633.)

brechen concurriren: das sacrilegium ſelbſt, indem eine heilige Perſon verletzt wird, ein stuprum carnale, ein stuprum spirituale, weil die Nonne mit der Kirche vermählt iſt, und ein Inceſt, weil die Nonne gleichſam die Mutter des Verbrechers iſt[296]). Für dieſen Fall war daher Todesſtrafe gedroht. Sonſt iſt die gewöhnliche Strafe Excommunication und Geldbuße[297]). Dazu traten aber mit Rückſicht auf die beſonderen Verhältniſſe die härteſten weltlichen Strafen[298]). Dieſe werden, freilich in milderem Maßſtabe, auch jetzt angewendet[299]), und die Kirche wirkt außerdem in foro conscientiae.

4) Der Meineid[300]), ſowohl eigentlicher Mein= (falſcher) eid (peieratio) beim aſſertoriſchen, als Eidesbruch (periurium) beim promiſſoriſchen Eide, war von der Kirche mit Pönitenzen, Excommunication, Infamie bedroht, für Geiſtliche mit Depoſition[301]). Jetzt rügt die Kirche dieß Verbrechen, das als ein bürgerliches beſonderen Strafen unterliegt, noch im Beichtſtuhle.

5) Der Zinswucher (usuraria pravitas)[302]) nach dem Begriffe des canoniſchen Rechtes jedes Zinſennehmen (qui amplius recipit, quam cuiquam commodaverit, sive pecuniam det, sive quam libet speciem)[303]), wurde bei Laien mit Excommunication, Infamie u. ſ. w., bei Geiſtlichen mit Irregularität, Depoſition beſtraft[304]). Die weltliche Geſetzgebung hat aber den canoniſchen Begriff nicht recipirt, und ſo iſt jetzt nur das Ueberſchreiten des geſetzlichen Zinsfußes, der Anatocismus u. ſ. w. noch als Zinswucher anzuſehen.

---

296) Tit. Cod. IX. 13. de raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium. Nov. CXXIII. cap. 43., übergegangen in c. 30. Cau. XXVII. qu. I. S. auch c. 14. (Gelasius a. 494.) c. 17. eod. (Conc. Tribur. a. 895.)

297) Sacrilegium duplicem continet poenam, pecuniariam videlicet et excommunicationis. Pecuniaria eis persolvenda est, ad quos querimonia sacrilegii pertinet. Gratian vor c. 21. §. 2. Cau. XVII. qu. IV. c. 21. eod. c. 2. 3. 5. X. de raptoribus. (5. 17.) c. 22. X. de sent. excomm. (5. 39.) u. a.

298) Gratian vor c. 30. §. 1. Cau. XVII. qu. IV.: Ad instar publici criminis et laesae maiestatis accusabitur: et convictus sive confessus, capitali sententia a rectoribus provinciae ferietur: sicut in primo libro Codicis legitur, tit. de episc. et cleric. si quis in hoc genus et in Dig. tit. ad L. Juliam repetund. L. ultima.

299) Vgl. Note 285. Henke a. a. O. Bd. II, §. 145, 147, S. 442, 443.

300) S. Cau. XXII. Tit. X. II. 24. in VIto. II. 11. Clem. II. 9. de iureiurando. Vgl. den Art. Eid Bd. III, S. 632 flg.

301) C. 18. Cau. VI. qu. I. c. 12. 17. Cau. XXII. qu. I. c. 2. 3. 4. 14. Cau. XXII. qu. V. c. 14. X. de praesumtionibus. (2. 23.) c. 10. X. de iureiur. (2. 24.) c. 8. de haereticis in VIto. (5. 2.)

302) S. dist. XLVI. XLVII. Cau. XIV. qu. III—VI. Tit. X. V. 19. in VIto. V. 5. Clem. V. 5. de usuris. S. Marezoll, de usuraria pravitate quaestiones. (Lipsiae 1837. 4.) cap. III. p. 11—15.

303) C. 1 sq. Cau. XIV. qu. III. c. ult. X. h. t. (5. 19.) u. v. a.

304) C. 1. dist. XLVII. (can. 44. Apost.) c. 2. eod. (Conc. Nic. c. 17. a. 325.) c. 4. eod. (Gregor. I. a. 600.) c. 2. 4. 7. Cau. XIV. qu. IV. c. 3. 5. 7. X. h. t. (5. 19.) c. 2. eod. in VIto. (5. 5.)

6) Fleiſchesverbrechen (delicta carnis)[305]), eine große Menge ſtrafbarer Handlungen umfaſſend, welche die Kirche von jeher als die gröbſte Verletzung der Sittlichkeit ihrer Beurtheilung unterwarf und mit Pönitenzen, Geldbußen (Sünden und Hurenbrüchte), Excommunication und beſonders ſtreng bei Geiſtlichen beſtrafte. Der Staat verfuhr früher zum Theil mit großer Härte gegen einzelne dieſer Vergehen, ſpäter milderte er aber die Geſetze und hob hin und wieder namentlich alle Fornicationsſtrafen auf[306]). Die dadurch veranlaßten Nachtheile haben mehrfach eine Erneuerung älterer Vorſchriften nothwendig gemacht. Gerade hier aber iſt eine den Zeitverhältniſſen entſprechende kirchliche Zucht wohl ein wahres Bedürfniß. Dieſelbe wird auch in der katholiſchen Kirche bei mehreren der hier in Betracht kommenden Delicte angewendet[307]).

7) Viele andere rein bürgerliche Verbrechen (delicta secularia) unterlagen während des Mittelalters ebenmäßig der kirchlichen Strafgewalt, wie die Quellen des canoniſchen Rechtes angeben. So Tödtungen verſchiedener Art (ſ. Tit. X. V. 10. de his qui filios occiderunt. V. 12. in VIto. V. 4. Clem. V. 4. de homicidio voluntario et casuali), Kinderausſetzung (Tit. X. V. 11. de infantibus et languidis expositis), Duelle und gefährliche Turniere (Tit. X. V. 13. Extr. Joh. XXII. tit. 9. de torneamentis. Tit. X. V. 14. de clericis pugnantibus in duello. Tit. X. V. 15. de sagittariis), Verläumdung und Colluſionen (Tit. X. V. 2. de calumniatoribus. V. 22. de collusione detegenda), Fälſchung (Tit. X. V. 20. Extr. Joh. XXII. tit. 10. Extr. comm. V. 6. de crimine falsi), Injurien, Beſchädigungen, Diebſtahl (Tit. X. V. 18. Extr. comm. V. 5. de furtis — Tit. X. V. 36. in VIto. V. 8. de iniuriis et damno dato), Raub und Brandſtiftung (Tit. X. V. 17. de raptoribus, incendiariis) u. a. m. Die Kirche wirkte bei allen dieſen durch Irregularität, Bußen, Excommunicationen[308]) und hat auch jetzt noch durch das forum conscientiae im Beichtſtuhle nicht geringen Einfluß, den eher zu unterſtützen, als zu beſchränken im Intereſſe der geſellſchaftlichen Ordnung liegt. Die Kirche kann, ohne daß eine Verletzung des Beichtgeheimniſſes dazu gefordert würde, zur Reſtitution, zur Beſtrafung Schuldiger, zur Abwendung vieler Gefahren wohlthätig beitragen. Auf eine beſtimmte ſtrafrechtliche

---

305) S. dist. XXVI. Cau. XXXI—XXXIII. Tit. X. I. 21. in VIto. 1. 12. de bigamis. Tit. X. III. 2. de cohabitatione clericorum et mulierum et clericis concubinariis. Tit. X. IV. 7. de eo qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium. Tit. X. V. 16. de adulteriis et stupro u. a. Vgl. Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte Bd. I. Leipzig 1835. 8. Henke a. a. O. Bd. II, §. 113 flg.

306) S. z. B. preuß. Geſetz v. 20. Juni 1746, 8. Febr. 1765. Reſcr. v. 14. Nov. 1791 (Abſchaffung der Hurenbrüchten im Ermlande) u. a. Großherz. heſſ. Verordn. v. 30. Mai 1821. S. Bopp in Alex. Müller, Archiv für die neueſte Geſetzgebung Bd. III, H. 2. Vgl. v. Oppen, Reviſion der Geſetze (Cöln 1833. 8.), S. 107.

307) v. Droſte-Hülshoff a. a. O. Bd. II, Abth. 2, §. 122, Anm. 541, 542, S. 154.

308) v. Droſte a. a. O. Anm. 544.

Wirkſamkeit hat ſie aber auch einen wohlbegründeten rechtlichen Anſpruch. Derſelbe ergibt ſich ſchon aus ihrer Reception mit dem Rechte eines öffentlichen Exercitiums, deſſen Annexum eine gewiſſe correctionelle Jurisdiction bildet. Dieß beſtätigt der weſtphäliſche Friede[309]) und nicht minder der Reichsdeputationsreceß[310]), welcher vorſchreibt, daß die bisherige Religionsübung eines jeden Landes gegen Aufhebung und Kränkung jeder Art geſchützt ſein ſoll. Theils haben daher auch die neueren Vereinbarungen mit dem römiſchen Stuhle, theils die Staatsgeſetze das Erforderliche angeordnet. Außerhalb Teutſchland iſt die Competenz der Kirche ſelbſt bedeutend erweitert worden[311]).

IV. Das Verfahren.

Die Betrachtung des Verfahrens ſelbſt nöthigt zu einem Hinblicke auf die Organiſation der Gerichte, mit Berückſichtigung der Inſtanz, und dann zu einer kurzen Darſtellung des förmlichen procedere ſelbſt.

Während des Mittelalters waren die geiſtlichen Gerichte, in welchen das Strafverfahren gegen Laien gehandhabt wurde, vorzüglich die Senden (ſ. oben Note 63 flg.). Spuren derſelben haben ſich bis in die neueſte Zeit erhalten, die Hauptwirkſamkeit ging aber theils durch die Einwirkung des Staates unter, theils durch die Vorſchrift des Tridentiniſchen Concils[312]), daß alle zum geiſtlichen Forum gehörige Sachen vor den Biſchöfen verhandelt werden ſollen. Dieß kommt indeſſen, wie die vorſtehende Ausführung ergibt, jetzt nur in höchſt beſchränktem Umfange vor[313]), da die Jurisdiction regelmäßig nur ein forum conscientiae begründet. Wer ſich dadurch gravirt fühlt, hat das Recht, beim geiſtlichen Oberen Beſchwerde zu führen[314]), erforderlichen Falles ſich an den Staat zu wenden.

Ueber den niederen Clerus entſcheiden nach wie vor in den zuſtehenden Fällen die biſchöflichen Gerichte. Dieſe ſind das Conſiſtorium, Officialat, Generalvicariat, verſchieden in den einzelnen Diöceſen[315]). Im allgemeinen ſind es iudices delegati, welche der Biſchof dazu erwählt, und denen er ſpeciell die potestas inquirendi, corrigendi, puniendi excessus, a beneficiis, officiis, administrationibus amovendi überträgt[316]). Ein förmlich organiſirtes Collegium bildet dieſes Gericht

---

309) J. P. O. art. V. §. 31. 32.

310) §. 63. S. auch Klüber, Staatsrecht §. 292, 429, Nr. IV.

311) Vgl. die Convention des Pabſtes mit dem Könige beider Sicilien vom 29. Sept. 1839 (allg. Augsb. Zeitung 1839, Nr. 326, S. 2604, Berliner allg. Kirchenzeit. 1839, S. 455, 456). Desgl. mit dem Herzoge von Modena, mit dem Könige von Sardinien vom 2. April 1841 (Berliner allg. Kirchenzeit. 1841, Nr. 78, S. 729, 730).

312) Sess. XXIV. cap. 20. de ref.

313) S. z. B. kurheſſ. Verordn. v. 31. Aug. 1829, §. 2 (Longner, Darſtellung der Rechtsverhältn. der Biſchöfe in der oberrhein. Kirchenprovinz S. 398).

314) S. z. B. allg. preuß. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 76, 79.

315) Vgl. Alex. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes, Art. Conſiſtorium.

316) C. 2. de officio vicarii in VIto. (1. 13.)

häufig nicht. Sonſt hat es aber auch einen Juſtitiar, dem die Inſtruction der Sache übertragen wird, der an der Urtheilsfällung indeſſen nicht Theil nimmt[317]). — Von dem biſchöflichen Gerichte ging die Appellation früher an den Erzbiſchof und die Provinzialſynode[318]). Die weltliche Geſetzgebung beſtätigte dieß[319]), und auch jetzt iſt das Metropolitangericht als Behörde zweiter Inſtanz vielfach anerkannt[320]). Nicht ſelten iſt aber in der Diöceſe ſelbſt ein Appellationsgericht vorhanden, zumal wenn ſie exemt iſt. Von den delegirten Richtern geht die Berufung oft an das Generalofficialat oder Generalvicariat. — Die dritte Inſtanz ging an den Primas[321]), oder auch wohl an den Pabſt[322]), dem es mit der Zeit gelang, ſich in den vollen Beſitz des Entſcheidungsrechtes zu ſetzen, wobei indeſſen die Erledigung durch iudices in partibus erforderlich wurde (ſ. unten).

Hier iſt indeſſen zu erwägen, daß die Appellation bei offenkundigen Verbrechen (notoria) oder nach erfolgtem Geſtändniſſe nicht zuläſſig iſt[323]) und daß auch bei bloßen Disciplinarverfügungen nicht appellirt werden kann[324]). Indeſſen iſt doch die Beſchwerde beim höheren Kirchenoberen nicht ausgeſchloſſen, und insbeſondere der Recurs an den Staat zuläſſig[325]). Schon im vierten Jahrh. wendeten ſich Geiſtliche zur Erledigung von Beſchwerden gegen ihre Vorgeſetzten an den Staat. So bereits Athanaſius gegen das Urtheil der Synode zu Tyrus u. a.[326]). Feſtere Grundſätze entwickelten ſich darüber zuerſt in Frankreich, wo der Appel comme d'abus (appellatio tanquam ab abusu) an den König ging, der das Parlament zur Entſcheidung authoriſirte. Nach den Parlamentsſtatuten war der Appel zuläſſig, wenn die Biſchöfe ſich Eingriffe in weltliche Rechte erlaubten, die in Frankreich recipirten canones, königlichen Ordonnanzen, Gewohnheiten und Gebräuche des Reiches, die gallikaniſchen Kirchenfreiheiten, die Particulargebräuche der Kirchen und Klöſter verletzten, oder die Rechtspflege verweigerten und ſich ſonſt offenbare Ungerechtigkeiten zu Schulden kommen ließen[327]). Die neuere Geſetzgebung hat dieß beſtätigt[328]). Auch in Teutſchland wurden dieſe Be-

---

317) Vgl. z. B. die preuß. Verordn. vom 28. Januar 1804 (Jacobſon, Geſch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bd. I, Abth. I, Anhang S. 326, 327).

318) C. 2. Cau. XXI. qu. V. (c. 12. Conc. Antioch. a. 332.) c. 4. Cau. XI. qu. III. (c. 17. Conc. Sardic. a. 347.) c. 5. eod. (Conc. Carthag. II. a. 390.) u. a.

319) C. 29. C. de episc. audientia. (1. 4.) (Justinian a. 530.)

320) S. bayer'ſche Verordn. vom 7. Mai 1826.

321) C. 46. Cau. XI. qu. I. (c. 9. Conc. Chalced. a. 451.)

322) Vgl. Capit. lib. VII. c. 314.

323) C. 61. X. de appellat. (2. 28.) (Innoc. III. a. 1216.)

324) Conc. Trid. sess. LXI. cap. 6. de ref.

325) Vgl. Brendel, Handbuch des Kirchenrechtes Bd. I, §. 218 (3. Ausg.).

326) S. Nov. CXXIII. cap. 11. — c. 6. Cau. XXIV. qu. III. (Hincmar Rhemensis.)

327) S. die bei Brendel a. a. O. S. 674, Anm. p, cit. Literatur.

328) Vgl. die bei Hermens, Handbuch über den chriſtlichen Cultus Bd. II, S. 922 u. d. W. Appellation, nachgewieſenen Stellen, und Brendel a. a. O. S. 676, Anm. b.

ſtimmungen angenommen und allgemein iſt der Recurs jetzt anerkannt. In Oeſterreich iſt ſeit Maria Thereſia darüber Näheres beſtimmt, in Preußen durch das allgemeine Landrecht und ſpätere Verordnungen[329]), und in den übrigen teutſchen Bundesſtaaten durch die Verfaſſungsurkunden u. a.[330]).

Das Urtheil über delinquirende Biſchöfe ſtand der Provinzialſynode zu[331]), das über Erzbiſchöfe dem Primas in Gemeinſchaft mit der Synode[332]). In Folge der Realiſirung der Beſtimmungen des Concils zu Sardika von 347 (ſ. oben Note 29) gelangte der Pabſt zu einer bedeutſamen Mitwirkung, ja zu einer alleinigen Cognition in biſchöflichen Sachen, als causae maiores. Schon Gregor VII. declarirte: Qua solus romanus pontifex possit deponere episcopos vel reconciliare — absque synodali conventu[333]), was Innocenz III. im Jahre 1198 ebenmäßig hervorhob[334]). Daran iſt ſeitdem ſtets feſtgehalten und das Concil von Trient hat, das Princip beſtätigend, darüber verordnet[335]), daß in gröberen Criminalfällen, welche mit Depoſition oder Privation verbunden ſind, nur der Pabſt zu entſcheiden habe, welcher, wenn an Ort und Stelle verfahren werden muß, dazu Erzbiſchöfe oder Biſchöfe vermöge eines perſönlich von ihm vollzogenen (manu ipsius Sanctissimi Pontificis signata) Specialmandates committiren will. Der Auftrag geht aber immer nur auf die Inſtruction der Sache, während das Urtheil ihm vorbehalten bleibt. In geringeren Criminalſachen der Biſchöfe ſollen Provincialſynoden oder von denſelben dazu Deputirte entſcheiden. Da die Provincialſynoden jetzt nicht gehalten werden, würde in vorkommenden Fällen der Erzbiſchof einer päbſtlichen Facultät zur Ernennung von Proſynodalrichtern, ähnlich wie in Civilſachen (ſ. unten) bedürfen. Das Recht, Cenſuren gegen einen Biſchof zu verhängen, ſteht aber dem Erzbiſchofe wohl jetzt noch ſelbſtſtändig zu[336]). — Dieſe Beſtimmungen ſind unzweifelhaft in Betreff derjenigen Vergehen, welche blos gegen Kirchengeſetze verſtoßen, noch anwendbar. Die katholiſche Kirche geht aber weiter und will, daß in allen causis episcopalibus, auch wenn gegen die Geſetze des Staates bei Ausführung kirchlicher Verhältniſſe gefehlt worden, dieſelbe Praxis beſtehe[337]). Hierin kann indeſſen der Staat nicht nachgeben und demgemäß iſt, wie früher, auch in der neueſten Zeit in Sachen des Erzbiſchofs von Cöln und Gneſen-Poſen ſelbſtſtändig

---

329) Th. II, Tit. XI, §. 534. Cabinetsordre vom 12. April 1822 (Geſetzſammlung d. J. S. 105) u. a.

330) Bayer'ſches Relig.-Edict §. 52—54. Badiſches Reg.-Edict v. 1807, Art. 41. Großherz. heſſiſche Verfaſſungsurk. Art. 41 u. a. S. Longner a. a. O. S. 66, 390, 397, 398 u. a.

331) C. 1. 5. Cau. VI. qu. IV. (Conc. Antioch. a. 332.) u. a. m.

332) S. die Note 321 cit. Stelle.

333) Nach den, wenn ihm auch nicht zugehörigen, doch in ſeinem Geiſte abgefaßten dictatus nr. 3. nr. 25. (hinter Epistolar. lib. II. ep. 55.)

334) C. 2. X. de translat. episcop. (1. 7.)

335) Sess. XIII. cap. 8. Sess. XXIV. cap. 5. de ref.

336) S. den Art. Erzbiſchof Bd. IV, S. 69, Note 51.

337) Vgl. die Denkſchriften des römiſchen Stuhles von 1838 und 1839.

vom Staate eingeſchritten worden. Der Biſchof iſt nicht blos Kirchenbeamter, ſondern in gewiſſem Umfange auch Staatsbeamter und insbeſondere Unterthan. Daher kann ſowohl auf dem Wege der Adminiſtration, als der Juſtiz vom Staate gegen ſie verfahren werden. Nach preußiſchem Rechte kann eine Entlaſſung oder Strafverſetzung gegen die Beamten, deren Ernennung vom Könige ausgeht, nur in Folge eines Vortrages im Staatsminiſterium und königlicher Entſcheidung ſelbſt verhängt werden[338]). Dieß würde daher auch bei den Biſchöfen zur Anwendung kommen müſſen.

Was nun das förmliche Verfahren ſelbſt[339]) betrifft, ſo hat ſich dieß im Laufe der Zeit in folgender Weiſe geſtaltet.

Das Verfahren in der Kirche erfolgte anfangs einfach in der unter Mitwirkung der Gemeinde[340]) ausgeſprochenen Sentenz. Grund zum Einſchreiten gab die Offenkundigkeit (Notorietät) des Vergehens oder die erhobene Anklage. Später finden wir das Presbyterium, und erweitert die Synode von Zeit zu Zeit mit der Handhabung der Disciplin beſchäftigt. Darüber berichten ſchon Tertullian[341]), Cyprian[342]) und genauer, nach den auf den Synoden vorliegenden Beiſpielen, die apoſtoliſchen Conſtitutionen und Canones[343]). Seit der Prozeßgang erſt feſtere Geſtalt annahm, war es das gewöhnliche römiſche Accuſationsverfahren, das man befolgte. Man forderte daher einen geeigneten (legitimus et idoneus) Accuſator[344]), die inscriptio[345]) und subscriptio in crimen[346]). Dadurch bezeichnete der Kläger im allgemeinen das Verbrechen und deſſen Umſtände, und unterwarf ſich der Strafe der Talion für den Fall, daß es ihm nicht gelänge, den Beklagten zu überführen. Der Beſchuldigte ward hierauf citirt, der Beweis geführt und darnach das Urtheil gefällt.

---

338) S. Cabinetsordre v. 12. April 1822.

339) Vgl. Tit. X. V. 1. in VIto. V. 1. de accusationibus, inquisitionibus et denunciationibus. Tit. X. V. 2. de calumniatoribus. V. 22. de collusione detegenda. V. 34. de purgatione canonica. V. 35. de purgatione vulgari. S. Biener, Beiträge zu der Geſchichte des Inquiſitionsprozeſſes. Leipzig 1827. 8. Hildenbrand, die purgatio canonica und vulgaris. München 1841. 9. Vgl. v. Droſte-Hülshoff, Kirchenrecht Bd. II, Abth. 2, §. 224, 225.

340) S. I. Corinther V, 4, 5.

341) Apologeticus cap. 39.

342) Epist. 75 ict. epist. 52.

343) Constit. lib. II. c. 37. 46 sq. Canones 74. 75. Dazu vgl. v. Drey a. a. O. S. 335 flg.

344) C. 19. §. 1. 2. Cau. II. qu. I. (Augustin. c. a. 400.) c. 9. Cau. III. qu. IX. (Concil. Toletan. VI. c. 11. a. 658.), woraus Pſeudo-Iſidor ſchöpfte. c. 4. Cau. II. qu. I. vgl. mit Cau. II. qu. VIII. Cau. III. qu. IX. c. 1. X. de accusat. (5. 1.) (Ps.-Isidor.)

345) C. 19. §. 2. Cau. II. qu. I. cit.: Ego nolo illum publice corripere, et tu quaeris inscribere? — c. 14. X. de accusationibus. (5. 1.) (Innoc. III. a. 1198)

346) S. c. 6. Cau. II. qu. III. (Gregor. I. a. 595.) c. 2. 3. eod. (Ps.-Isidor.) Eine altkirchliche Formel bei Brissonius, de formulis lib. V. nr. CLXXXVIII. (ſ. v. Droſte-Hülshoff a. a. O. S. 163, Anm. 574.

— Dieſes Verfahren konnte eben ſo gegen Geiſtliche, als gegen Laien ſtattfinden[347]).

Der Accuſationsprozeß, mit den erwähnten solennia accusationis, unterblieb übrigens oft, da die Beſorgniß, als Calumniator wegen nicht geführten Beweiſes beſtraft zu werden, viele von der Accuſation abhielt (ſ. Note 347). So beſchränkte ſich das Verfahren nicht ſelten auf private Ermahnungen und Auflegung von Bußen Seitens des Biſchofs, der von dem Vergehen erfuhr, das ſonſt aber geheim blieb[348]). War ein Verbrechen dagegen notoriſch, ſo konnte auch ein anderes gerichtliches Verfahren per denunciationem evangelicam[349]) angewendet werden. Geſtützt auf die Vorſchrift Ev. Matth. Cap. XVIII, 15—17, konnte der klagende Theil den Schuldigen zunächſt blos perſönlich zur Rede ſtellen, wenn dieß nichts fruchtete, vor Zeugen, und wenn auch dieß keinen Erfolg hatte, bei der Gemeinde, die den Beklagten zur Genugthuung nöthigte und, wenn er nicht folgen wollte, aus der Gemeinſchaft ausſchloß. In die Stelle der Gemeinde trat, wie überhaupt, ſpäter der Biſchof[350]).

Ein Verbrechen konnte auch durch bloße exceptio[351]) zur Sprache kommen, indem man demjenigen, der als Kläger oder Zeuge auftrat, eigene Vergehen excipiendo vorwarf. Der Erfolg war hier indeſſen keine Beſtrafung, ſondern nur eine Zurückweiſung des Klägers und Zeugen[352]).

Bei offenkundigen Verbrechen (delictum manifestum, ſpäter notorium)[353]) konnte auch ohne accusatio und denunciatio von Amtswegen

---

347) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 76 flg., ſucht, geſtützt auf die cit. c. 18. 19. C. II. qu. I., rückſichtlich der Laien das Gegentheil zu erweiſen. Allein in dieſen Stellen iſt nur von den dem Biſchofe allein bekannt gewordenen Vergehen die Rede, bei welchen er als Seelſorger, nicht als Accuſator wirkſam wird. Die cit. Stelle im Originale bei Augustin sermo 351. (ed. Maurin.), auszugsweiſe auch in c. 27. Cau. II. qu. VII., ſpricht eher gegen Eichhorn, indem es heißt: nam plerique propterea nolunt alios accusare, qui a se per illos cupiunt excusare; plerique autem boni Christiani propterea tacent et sufferunt aliorum peccata, quae noverunt, quia documentis saepe destituunetur, ut ea, quae ipsi sciunt, iudicibus ecclesiasticis probari possint. (S. Richter, Kirchenrecht §. 211, Anm. 5.) S. folg. Note.

348) C. 2. Cau. VI. qu. III. (Concil. Vasense I. a. 442.)

349) Biener a. a. O. S. 17, 18. Vgl. Eichhorn a. a. O. Bd. II, S. 83, Anm. 21.

350) c. 17. dist. XLV. (Origenes.) c. 19. Cau. II. qu. I. (Augustin c. a. 400.) c. 23. Cau. XXXII. qu. V. (Innoc. I. a. 405.)

351) Biener a. a. O. S. 18, 19.

352) S. c. 22. Cau. II. qu. VII. (Augustin a. 387.) c. 1. dist. LXXXI. (idem a. 412.) c. 24. Cau. II. qu. VII. (Conc. Tolit. IV. a. 633.) c. 23. 25. eod. (Ps.-Isidor.) — c. 1. X. de except. (2. 25.) (Coelestin. III. a. 1195.)

353) S. Biener a. a. O. S. 19, Anm. 16 über den Ausdruck. Wegen des entſprechenden teutſchen: handhafte That, vgl. Albrecht, doctrinae de probationibus secundum ius germanicum medii aevi adumbratio. P. I. (Regimont. 1825. 8.) p. 25 sq.

eingeſchritten werden, gemäß Galater V, 19—21[354]). Daſſelbe war auch bei einem böſen und glaubwürdigen Rufe der Fall (infamatio, mala fama, diffamatio, infamia, suspicio)[355]). Damit Strafe eintrat, war Ueberführung nöthig[356]). Da aber hier leicht, weil der Bezüchtigte nicht vollſtändig überführt werden konnte, ein Verdacht zurückbleiben konnte, der dem Anſehen des Geiſtlichen beim Volke ſchadete, ließ man ihn ſich von dem Makel durch eidliche Verſicherung ſeiner Unſchuld befreien (satisfactio, purgatio). Daſſelbe geſchah, wenn beim Accuſationsverfahren der Kläger gar nicht den Beweis der Schuld hatte führen können, ſeine Klage aber doch nicht ganz unbegründet ſchien, ſo daß er von der Strafe der calumnia frei blieb. Der Beklagte reinigte ſich dann ebenmäßig eidlich[357]). Eine Spur dieſes Eides findet ſich in Irland in der Mitte des fünften Jahrhunderts, üblicher wird er im ſechſten Jahrh.[358]). Der Urſprung dieſes Eides iſt ein rein kirchlicher und unabhängig von dem germaniſchen Reinigungseide, der als ein gerichtliches Vertheidigungsmittel mit Eidhelfern üblich war und von Laien in den Sendgerichten gebraucht wurde[359]). Im fränkiſchen Reiche kam aber dieſer germaniſche Eid auch beim Clerus zur Anwendung[360]), was einfach ſchon dadurch veranlaßt wurde, daß der weltliche Richter anfangs in vielen Fällen über Geiſtliche zu richten befugt war (ſ. oben Note 36 flg.). Seitdem aber die Kirche ein ſelbſtſtändiges Strafrecht über den Clerus erlangte, wurde der kirchliche Reinigungseid angewendet, jedoch durch das germaniſche Verfahren modificirt, indem Eideshelfer hinzutraten. Wegen der Zahl der Conjuratoren war dabei nichts Feſtes beſtimmt, bis das Concil zu Mainz vom J. 851 oder 852 für Presbyteren ſechs, für Diaconen drei verordnete[361]). Da in Italien bisher der Reinigungseid in ſeiner alten Geſtalt ohne Conjuratoren üblich geblieben, dieſer auch von Gregor II. im Jahre 726 der fränkiſchen Kirche vorgeſchrieben war[362]), ſo mußte eine Rechtfertigung der germaniſchen Form verſucht werden, und dieſe bewog Pſeudo-Iſidor zu mehrfachen Verfälſchungen, indem er angeblich älteren Synoden und Capitularien die Mainzer Vorſchrift beilegte[363]). Durch den Einfluß Pſeudo-Iſidors ward in der Kirche der

---

354) C. 15. Cau. II. qu. I. (Ambros. c. a. 384.) c. 16. eod. (Nicol. I. a. 867.) c. 17. eod. (Stephan V. a. 887.)

355) S. Wiener a. a. O. S. 20 flg.

356) Conc. Aurelian. III. a. 538. c. 4. (ed. Bruns. T. II. p. 192.)

357) Hildenbrand a. a. O. S. 35 flg.

358) C. 6. 8. 9. Cau. II. qu. V. (Gregor I. a. 592. 599.) u. a. m.

359) S. den Art. Eid Bd. III, S. 665 flg.

360) Hildenbrand a. a. O. S. 51 flg.

361) Pertz, Monum. Germaniae T. III. fol. 410.

362) C. 5. Cau. II. qu. V.

363) Dieſe falſchen Stellen ſind Capit. lib. I. c. 35. 36. lib. III. c. 281. — c. 12. Cau. II. qu. V. c. 2. X. de purgatione canonica (5. 34.), angeblich aus dem Concil. zu Agde von 506. — c. 13. Cau. II. qu. V., angeblich aus dem Concil. zu Ilerda von 524 (hiernach iſt Wiener a. a. O. S. 23 zu ergänzen). Vgl. Richter, Kirchenrecht §. 211, Anm. 8 flg. Hildenbrand a. a. O. S. 59 flg., S. 69.

Reinigungseid mit Eideshelfern ſtatt des bisherigen iſolirten immer üb-
licher. Der Schluß der Mainzer Synode wurde auf ſpäteren Synoden wiederholt beſtätigt, wie zu Erfurt im J. 932[364]), auch von den Bi-
ſchöfen, die ſich dem Eide bisher entzogen hatten, geleiſtet[365]), ja ſelbſt von den Päbſten die Zuziehung der Compurgatoren genehmigt[366]). Durch die Leiſtung des Eides reinigte ſich der Beſchuldigte von der mala fama, die Verweigerung des Schwures galt dagegen als Zeichen der Schuld und zog Strafe nach ſich. Der Gebrauch erweiterte ſich aber mehr und mehr, kam auch bei Laien zur Anwendung[367]) und erhielt nun den Charakter eines eigentlichen Beweismittels. Seit der Mitte des zwölften Jahrhunderts heißt er purgatio canonica[368]). Für Laien war außerdem noch die Reinigung durch Gottesurtheile, Ordale (purgatio vulgaris)[369]) üblich und erhielt ſich lange Zeit, ungeachtet die Päbſte ſich mit Entſchiedenheit dagegen erklärten[370]). Eine Gattung des Or-
dale, durch Empfang des heiligen Abendmahls (sancta offa), ward ſelbſt beim Clerus üblich[371]).

Das bisherige Verfahren erfuhr nun durch Innocenz III. eine we-
ſentliche Umgeſtaltung[372]). Den Fall der notoria und des Verfahrens ex officio ließ er fortbeſtehen[373]). In die Stelle des Verfahrens auf infamia ſetzte er aber eine inquisitio ex officio[374]), und die bisherige denunciatio geſtaltete er zu einem milderen accuſatoriſchen Verfahren, ſo daß, wenn nicht zugleich mala fama vorhanden war, der Denunciant bei der Beweisführung zwar mitwirken mußte, jedoch von den alten ſtrengen Folgen der Calumnia frei blieb, wenn der Beweis nicht gelang[375]). Die

---

364) C. 4. bei Pertz l. c. T. IV. fol. 18.

365) Synod. Altheimensis a. 916. c. 16. bei Pertz l. c. T. IV. fol. 557. Theiner, disquisitiones criticae in praecipuas cau. et decret. collectiones. (Romae 1836. 4.) p. 327.

366) C. 7. Cau. II. qu. V. verb. mit c. 11. eod. (Alex. II.) (ſ. Correct. Rom. ad h. l.) c. 17. eod. (Innoc. II. a. 1131.) Der alte Eid (iuramentum secretum) findet ſich noch c. 1. Cau. XV. qu. V. (Stephan. V.) c. 2. Cau. VIII. qu. III. (Urban. II. c. a. 1089.)

367) C. 6. X. de purg. can. (5. 34.) (Alex. III. a. 1172.)

368) Hildenbrand a. a. O. S. 97.

369) Hildenbrand a. a. O. S. 98 flg.

370) Tit. X. V. 35. Hildenbrand a. a. O. S. 161 flg. S. unten Note 381.

371) C. 23. 26. Cau. II. qu. V. (Conc. Wormat. a. 868.) c. 4. eod. (Concil. Triburiense a. 895.) u. a.

372) Wiener a. a. O. S. 38 flg. Hildenbrand a. a. O. S. 123 flg.

373) C. 31. X. de simonia. (5. 3.) (Innoc. III. a. 1199.) c. 8. X. de cohabitat. clericorum. (3. 2.) (Idem a. 1200.) c. 15. X. de purg. canonica. (5. 34.) (Idem a. 1207.) c. 24. X. de V. S. (5. 40.) (Idem a. 1207.) c. 24. X. de accusat. (5. 1.) (Idem a. 1216.)

374) C. un. X. ut ecclesiastica beneficia sine deminut. confer. (3. 12.) (Innoc. III. a. 1198.) c. 31. X. de simonia cit. c. 17. 24. X. de accusat. cit.

375) C. 14. X. de accusat. (5. 1.) (Innoc. III. a. 1198.) c. 19. eod. (a. 1205.)

exceptio blieb unverändert[376]), und ſo gab es jetzt fünf Veranlaſſungsgründe und Verfahrungsweiſen in kirchlichen Straſſachen: accusatio, denunciatio, inquisitio, exceptio und notoria. Die inquisitio erhielt das Uebergewicht und umfaßte nun auch den Fall, bei welchem bisher die purgatio canonica zur Anwendung gelangte. Die letztere konnte indeſſen nicht ganz entbehrt werden und erhielt jetzt alſo einen ſubſidiären Charakter, indem erſt, wenn die übrigen Mittel nicht zum Ziele führten, der Reinigungseid vom Richter auferlegt wurde[377]). Zugleich wurde aber die Strafe gemildert, wenn jemand die Ableiſtung des Eides verweigerte. Es kam höchſtens zur Depoſition und Buße, nicht zur Degradation und Auslieferung an den weltlichen Richter[378]). Die Anſichten der Späteren wechſelten aber, und öfter wurde auch auf die ordentliche Strafe gedrungen. Die communis opinio blieb indeſſen in Uebereinſtimmung mit Innocenz III. Allmälig kam der Eid aber ganz außer Gebrauch[379]), findet ſich ſeit der Mitte des vorigen Jahrhunderts nicht mehr im gemeinen kirchlichen Strafprozeſſe und hat ſich bis jetzt nur particular erhalten[380]). — Zugleich war Innecenz auch aufs Neue gegen die Ordale (purgatio vulgaris) eingeſchritten, und das Laterankoncil von 1215 hatte dieſelben allgemeiner verboten, worauf ſie, freilich erſt nach und nach, zum Theil erſt in der neueſten Zeit abgeſchafft wurden[381]).

Das Inquiſitionsverfahren, welches ſeit den Anordnungen Innocenz III. die Regel bildete, beruhte auf folgenden näheren Beſtimmungen: Nur der ordentliche Richter oder ſein Delegat iſt zur Inquiſition befugt. Die Unterſuchung erfolgt in foro domicilii, kann aber nicht begonnen werden, bis die Berüchtigung (diffamatio) ſelbſt conſtatirt iſt. Erſt dann iſt auch das Zeugenverhör ſtatthaft. Sobald auf Inquiſition erkannt worden, müſſen dem gegenwärtigen Inquiſiten die Anklagepunkte vorgelegt und die Namen und Ausſagen der Zeugen eröffnet werden. Hierauf kann ſich der Bezüchtigte aller Vertheidigungsmittel bedienen, und das Urtheil ergeht nach geführtem Beweiſe[382]). Dieſes Verfahren wurde mit einzelnen Modificationen auch von den weltlichen Gerichten angenommen und iſt auch jetzt noch, neben dem ausnahmsweiſe üblichen Accuſationsprozeſſe, das herrſchende. Nach der Praxis zerfällt es in drei Abſchnitte: 1) die vorbereitende Unterſuchung, zur Begründung der in-

---

376) C. 16. X. de accusat. (5. 1.) (Innoc. III. a. 1202.) c. 23. eod. (a. 1203.) c. 2. §. 1. X. de ordin. cognit. (2. 10.) (a. 1206.)

377) C. 10. X. de purg. can. (5. 34.) (Innoc. III. a. 1199.) c. 12. eod. (a. 1206.) c. 19. X. de accusat. (5. 1.) (a. 1206.) c. 21. eod. (a. 1212.) S. Hildenbrand a. a. O. S. 130 flg.

378) C. 30. X. de simonia. (5. 3.) (Innoc. III. a. 1199.) c. 15. X. de accusat. (i. p. d.) c. 24. eod. cit.

379) S. den Art. Eid a. a. O. und Hildenbrand a. a. O. S. 151 flg.

380) So in England (Hildenbrand S. 160).

381) Hildenbrand a. a. O. S. 171 flg. Vgl. den Note 353 cit. Albrecht p. 57 sq.

382) v. Droſte-Hülshoff a. a. O. S. 166 flg.

quisitio, 2) die ſummariſche Unterſuchung, zur Feſtſtellung des Thatbeſtandes ſelbſt und 3) in Capitalſachen das articulirte Verhör, d. i. eine wiederholte ſolenne Vernehmung nach Artikeln. Die geiſtlichen Gerichte ſelbſt ſind aber in Teutſchland gehalten, die im Lande beſtehende Prozeßgeſetzgebung zu befolgen. Selbſtſtändiger urtheilt die Kirche jedoch nur über Amtsvergehen, bei anderen Verbrechen tritt der Staat mit ein[383]). Dabei beſtehen folgende Principien[384]). Entweder wird 1) dem geiſtlichen Gerichte überlaſſen, alle Verbrechen eines Geiſtlichen zu unterſuchen und in den Fällen, in welchen nach der weltlichen Geſetzgebung eine Leibes- oder Lebensſtrafe eintritt, die Thäter zu degradiren und ſie dem bürgerlichen Richter auszuliefern. Hier hat der Staat das Recht, die Acten des Prozeſſes ſich vorlegen zu laſſen, oder 2) die Competenz des geiſtlichen Gerichtes iſt genau begrenzt. Iſt ein Verbrechen begangen, bei welchem die Indicien darauf hinweiſen, daß es nicht zur Cognition der Kirche gehört, ſo tritt ſogleich der weltliche Richter ein, bewirkt den Umſtänden nach bei dem zuſtehenden geiſtlichen Gerichte die Suspenſion oder Degradation und vollzieht dann die bürgerliche Strafe.

B. Evangeliſches Kirchenrecht[385]).

I. Geſchichte.

Wenn die bisherige Erörterung dazu diente, nachzuweiſen, daß der jedesmalige Standpunkt, den die Kirche dem Staate gegenüber einnimmt, die wirkliche Beſchaffenheit des kirchlichen Strafrechtes bedingt, ſo gilt dieß in ganz gleicher Weiſe von dem Strafrechte der evangeliſchen Kirche. Die Bedeutung und der Umfang deſſelben muß verſchieden werden, je nachdem das Territorial-, Episcopal- oder Collegialſyſtem als das richtige anerkannt wird. Keins dieſer Syſteme iſt aber geeignet, als Princip des evangeliſchen Kirchenrechtes Geltung zu beanſpruchen. Die heilige Schrift ſelbſt, die Symbole und das particulare Recht können allein zu einer rechten Würdigung der hier vorkommenden Verhältniſſe dienen.

Die Reformatoren erkannten alsbald die Mißbräuche, welche ſich bei der Handhabung der Disciplin in die Kirche eingeſchlichen hatten und drangen auf Abſtellung, indem ſie das weltliche und geiſtliche Regiment, deren Vermiſchung Schuld an allem Verderben ſei, ſorgfältig von einan-

---

383) S. außer den ſchon oben im Einzelnen cit. Stellen noch Longner a. a. O. S. 389 flg. Preuß. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 530 flg. Cabinetsordre v. 17. Dec. 1805 und Circ. v. 18. Febr. 1806 (Edictenſamml. 1806, S. 53 u. 859). Cabinetsordre v. 10. Oct. und Reſcr. v. 24. Nov. 1809 (Mathis, jur. Monatsſchrift Bd. X, S. 290). Cabinetsordre v. 12. April 1822 cit. Wegen Anwendung der letzteren in der Rheinprovinz ſ. Cabinetsordre v. 8. Nov. 1835 (v. Kamptz, Jahrbücher Hft. XCII, S. 598, 599).

384) S. Heffter a. a. O. S. 66 flg. Eichhorn a. a. O. Bd. II, S. 106 flg.

385) Außer der unten zu cit. Literatur ſind hier beſonders zu erwähnen: A. W. P. Möller, über kirchliche Disciplin, in Aſchenberg, für Kirche, Kirchenverfaſſung, Cultus und Amtsführung Bd. I (Schwelm 1818. 8.), Hft. II, Nr. 3. Aug. Schröder, über die jetzige Geſtalt des Disciplinar-, Buß- und Beichtweſens in der evangeliſchen Kirche. Brandenburg a. d. H. 1840. 8.

der geſchieden wiſſen wollten[386]). Die „geiſtliche Gewalt“ ſollte, ohne Unrecht zu thun, fortbeſtehen, „denn ſie ſchadet, wenn ſie läßt anſtehen ihr Amt..., das Volk im Glauben zu Gott zu führen[387]).“ „Darum muß man die beiden Regimente mit Fleiß ſcheiden, und Beides bleiben laſſen. Eins, das fromm macht, das andere, das äußerlich Frieden ſchaffet und böſen Werken wehret; Keins iſt ohne das Andere genug in der Welt. Denn ohne Chriſti geiſtlich Regiment kann Niemand fromm werden vor Gott, durchs weltliche Regiment[388]).“ Zu Chriſti geiſtlichem Regimente gehört aber auch die Kirchenzucht, die nicht verabſäumt werden darf, ſich aber in ihren Grenzen halten muß. Lutheraner und Reformirte ſtimmten hierin überein, ihre Disciplin ging aber bald auseinander, und ihre verſchiedene Stellung zum Staate begründete eine abweichende Praxis.

In der lutheriſchen Kirche überweiſen die Symbole die Uebung der Kirchenzucht dem biſchöflichen Amte. So beſtimmt die Augsburgiſche Confeſſion[389]): Das biſchöfliche Amt iſt nach göttlichen Rechten... die Lehre, ſo dem Evangelium entgegen, verwerfen, und die Gottloſen, deren gottlos Weſen offenbar iſt, aus chriſtlicher Gemeine ausſchließen. — Dieß entwickelte die Apologie der Confeſſion[390]) näher alſo: Biſchöfliche Gewalt ſteht in der potestas ordinis und iurisdictionis. — Jeder Biſchof hat Gewalt eines geiſtlichen Gerichtszwanges in der Kirche, das iſt, Macht und Gewalt aus der chriſtlichen Gemeine zu ſchließen diejenigen, ſo in öffentlichen Laſtern funden werden, und dieſelben, wenn ſie ſich bekehren, wieder anzunehmen —. Sie haben aber nicht eine tyranniſche.., auch keine königliche Gewalt... Auch ſtreckt ſich die iurisdictio nicht auf Sünde, wider ihre neuen Geſetze; ſondern allein auf ſolche Sünden, die wider Gottes Gebot ſind. Nächſtdem wird noch anerkannt: daß die ſollen verbannt und ausgeſchloſſen werden, die in öffentlichen Laſtern leben... Item ſo die heiligen Sacramente verachten[391]).

Anfangs werden die Biſchöfe noch von den Predigern geſchieden, ſpäter wird der Unterſchied aufgehoben und jedem Prediger das Recht der Zucht überwieſen, dieſe ſelbſt aber auf den kleinen Bann beſchränkt, „daß man offenbahrliche, halsſtarrige Sünder nicht ſoll laſſen zum Sacramente, oder ander Gemeinſchaft der Kirche kommen, bis ſie ſich beſſern und die Sünde meiden. Und die Prediger ſollen in dieſe geiſtliche Strafe oder Bann nicht mengen die weltliche Strafe.“ Weltlich iſt aber der große Bann, der die Kirchendiener nichts angeht[392]), und „dieß iſt gewiß, daß die gemeine Jurisdiction die, ſo in öffentlichen Laſtern liegen, zu bannen, alle Pfarrherren haben ſollen, und daß die Biſchöfe, als

---

386) S. Aeußerungen Dr. M. Luther's über das Verhältniß der Kirche zum Staate. Mit einem Vorworte über geiſtliche Strafgerichtsbarkeit. Bonn 1839. 8.

387) Luther's Werke, herausgeg. v. Walch Bd. X, S. 1655.

388) A. a. O. S. 436.

389) Art. XXVIII (der Mißbräuche Art. VII).

390) Art. XIV.

391) A. a. O. Art. IV.

392) Schmalcaldiſche Artikel Th. III, Art. IX.

Tyrannen, ſie zu ſich gezogen, und zu ihrem Genieß ſchädlich mißbraucht haben. Denn die Official haben unleidlichen Muthwillen damit getrieben, und die Leute entweder aus Geiz, oder andern Muthwillen wohl geplagt, und ohne alle vorgehende rechtliche Erkenntniß gebannt. — Weil nun die Biſchöfe ſolche Jurisdiction als Tyrannen an ſich gebracht, und ſchädlich mißbraucht haben, dazu ſonſt gute Urſachen ſind, ihnen nicht zu gehorchen; ſo iſt's recht, daß man dieſe geraubte Jurisdiction auch wieder von ihnen nehme, und ſie den Pfarrherren, welchen ſie aus Chriſti Befehl gehört, zuſtelle, und trachte, daß ſie ordentlicher Weiſe, den Leuten zur Beſſerung des Lebens, und zu Mehrung der Ehre Gottes gebraucht werde [393])."

Eigentlich bekennen aber die Reformatoren, daß die Kirchengewalt der ganzen Kirche gehöre, überlaſſen die Ausübung derſelben den Laien jedoch nur im Nothfalle. „In der Noth kann auch ein ſchlechter Laie einen andern abſolviren und ſein Pfarrherr werden [394])." Conſequent und der heiligen Schrift gemäß (ſ. oben Note 11 cit. Stelle) hätte der ganzen Kirche, alſo jeder einzelnen Gemeinde die Mitwirkung bei der Vollziehung des Bannes nicht verſagt werden ſollen [395]). So erklärten ſich auch ſchon 1540 die Reformatoren in einem Sendſchreiben an die Nürnberger: Restituatur et excommunicatio, non ante ut in litibus rerum profanarum, sed de iudiciis manifestis, adhibitis in hoc iudicium senioribus in qualibet ecclesia [396]), und ſonſt ſehr häufig [397]). — In der Ausführung wurde indeſſen nicht dieſem Grundſatze gemäß verfahren, und die Praxis geſtaltete ſich in den einzelnen lutheriſchen Landeskirchen meiſtens anders. Nachdem die Reformation Eingang gefunden hatte, begann man mit einer allgemeinen Viſitation und traf dann die erforderlichen Maßregeln durch beſondere Kirchenordnungen. So geſchah es zuvörderſt in Sachſen [398]). Hier wurde nach der: Inſtruction und Befelch darauff die Viſitatores abgefertigt ſeyn [399]), von 1527 der kirchliche Zuſtand des Landes unterſucht, und dann als Organ für die Ueberwachung der Ordnung das Inſtitut der Superintendenten beſtellt. Melanthon's, Unterricht der Viſitatoren an die Pfarrherren im Churfürſtenthume Sachſen, von 1528 gab weitere Verhaltungsregeln. Die Pfarrer unter Zuziehung der Gemeinde ſollten bannen. Als obere Behörde trat 1542 dazu das

---

393) Anhang der Schmalcald. Artikel: Von der Biſchöfe Gewalt und Jurisdiction.

394) Anhang vor. Note cit.

395) Vgl. beſonders die treffliche Abhandlung von Richter, die Grundlagen der Kirchenverfaſſung nach den Anſichten der ſächſiſchen Reformatoren, in Reyſcher und Wilda, Zeitſchrift für teutſches Recht Bd. IV, S. 1 flg., beſonders S. 15 flg.

396) Corpus Reformatorum ed. Bretschneider T. III. p. 965.

397) Die Belege bei Richter aus Melanthon's Schrift de abusibus emendandis u. a.

398) Richter, Lehrbuch des Kirchenrechtes §. 30. Art. evangeliſche Kirchenverfaſſung im Rechtslexikon Bd. IV, S. 76 flg.

399) Bei Richter in der cit. Zeitſchrift S. 45 flg.

Conſiſtorium, gemäß: der Theologen Bedenckenn vonn wegenn der Conſiſtorien ſo vfgericht ſollen werden[400]), von 1538, und dieſe Behörden übernahmen nun den Bann. — Einen ähnlichen Entwickelungsgang finden wir auch in anderen Ländern, wie namentlich im Herzogthume Preußen, wo 1526 die: Artikel der Ceremonien und anderer Kirchenordnung[401]), wegen der Excommunication beſtimmten, „daß hierinnen nichts fürgenommen werde ohne fürgehende warnung, und daß die Gemeinde mit dem Diener das Urtheil fälle." Zur weiteren Ausführung dienten Viſitationen, welche ganz nach dem Muſter der alten Sendgerichte gehalten wurden[402]). An die Spitze traten, neben dem Landesherrn, in die Stelle der bisher noch erhaltenen Biſchöfe und Officiale im J. 1587 Conſiſtorien[403]).

Dieſer Einrichtung folgten nach und nach faſt alle lutheriſchen Kirchen[404]), und die urſprüngliche Mitwirkung der Gemeinden bei der Handhabung der Zucht ging verloren. Anders wurde dagegen das Verhältniß bei den Reformirten[405]).

Die ſchweizeriſchen Reformatoren entwickelten die kirchliche Verfaſſung nach einem von dem der ſächſiſchen abweichenden Principe, indem ſie den Gemeinden ſelbſt nicht blos ſubſidiär und im Falle der Noth, ſondern principaliter und ſchlechthin größere Rechte an der ganzen kirchlichen Verwaltung beilegten. Die Handhabung der Kirchenzucht wurde von ihnen aber als ein weſentliches Stück der guten Ordnung anerkannt; nur waren ſie unter ſich ſelbſt wegen der anwendbaren Disciplinarmittel nicht einig[406]). Ein eigentliches Strafrecht wurde überhaupt Seitens der Kirche nicht vertheidigt, dieſes vielmehr dem Staate zugeſprochen, aber eine Abwehr gegen diejenigen, welche der Kirche Verderben drohen, für nöthig erachtet. Zwingli ſprach ſich gleich anfangs in ſeinen Concluſionen im Jahre 1523 darüber aus, daß der Bann allein gegen den, der offentlich verergert, von der ganzen Gemeinde verhängt werden ſolle[407]). Calvin erklärte ſich damit übereinſtimmend, indem er, wie Luther, das geiſtliche und weltliche Regiment ſtreng geſondert wiſſen wollte: Quantum est discrimen, quanta dissimilitudo ecclesiasticae et civilis potestatis. Non ius gladii habet ecclesia, quo puniat vel coerceat; non impe-

---

400) A. a. O. S. 62 flg.
401) Jacobſon, Geſch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bd. I, Th. II, S. 25 flg.
402) A. a. O. S. 35, 36 u. a.
403) A. a. O. S. 55 flg.
404) S. die Kirchenordnung der evangeliſch-lutheriſchen Kirche Teutſchlands in ihrem erſten Jahrhunderte. Berlin 1824. 8. Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte Bd. IV, §. 553. Deſſelben Kirchenrecht Bd. I, S. 711 flg.
405) S. Richter, Kirchenrecht §. 31.
406) Stimmen aus dem ſchweizeriſchen Reformationszeitalter über die Excommunication oder den Kirchenbann. Bern 1839. 8.
407) Art. XXXI und XXXII. (Niemeyer, collectio confessionum in ecclesiis Reformatis publicatarum. [Lipsiae 1840. 8.] p. 8. 9.)

rium, ut cogat; non carcerem, non poenas alias, quae solent infligi a magistratu. Est igitur longe diversa ratio, quia nec quicquam sibi sumit ecclesia, quod sit proprium magistratus... Severissima ecclesiae vindicta ut quasi ultimum fulmen est excommunicatio, quae non nisi in necessitate adhibetur; sed nec vim, nec manum desiderat, sed verbi Dei potentia contenta est[408]. Derſelbe ſetzt auch voraus, daß die Kirchenzucht als wahres Bedürfniß vom Sünder erkannt werden, daß er ſich ihr freiwillig unterwerfen ſoll: Non hoc agit ecclesia, ut, qui peccavit, *invitus* plectatur, sed ut *voluntaria castigatione* poenitentiam profiteatur, und fordert, daß die Auferlegung der Buße als Ausſpruch der Kirche erſcheinen und daher von der Gemeinde ausgehen müſſe: Non unius arbitrio, sed per legitimum ecclesiae consensum administranda est haec spiritualis potestas, a iure gladii prorsus separata[409].

Dieſen Grundſätzen gemäß ſind auch die Symbole verfaßt. So leſen wir in der erſten Basler Confeſſion[410]: Man ſoll bannen, damit die Kilch jr Geſtalt, ſovil möglich on Maſer (macula) behalte. Dazu beſtimmt die zweite Basler (erſte helvetiſche) Confeſſion[411]: Diejenigen, welche die Kirche läſtern, ärgern und verwüſten wollen, ſollen durch die ſo von den Dienern des Worts und chriſtlicher Oberkeit dazu verordnet ſind, ausgeſtoßen werden. Die ſpäteren reformirten Symbole beſtätigen wiederholt dieſe Ausſprüche[412], und bezeugen, wie in allen reformirten Landeskirchen die Kirchenzucht zur Anwendung gebracht worden ſei. Dieß geſchah aber theils durch eigene Rügen- und Sittengerichte, welche wie die lutheriſchen Viſitationen eine Fortſetzung der alten Senden ſind, theils und vorzüglich auf den verſchiedenen mit der Presbyterialverfaſſung zuſammenhängenden kirchlichen Verſammlungen der Conſiſtorien (in jeder Gemeinde), der Claſſen (Convente), der Provincial- und der Generalſynoden.

Eine dieſem Principe gemäße Einrichtung findet ſich zuerſt in *Heſſen* anerkannt, indem die Synode zu Homburg am 21. und 22. October 1526 und zu Marburg am 23. Juni 1527 feſtſetzte, daß wöchentlich in jeder Gemeinde ein Sendgericht gehalten und jährlich eine Landesſynode verſammelt werden ſollte, gebildet von der Geiſtlichkeit und

---

408) Institut. christ. lib. IV. cap. XI.

409) A. a. O. §. 3.

410) Art. VII. (*Niemeyer* l. c. p. 82. 97.)

411) Art. XIX. (l. c. p. 111. 119. 120.)

412) S. belgiſche Confeſſion Art. XXX. XXXII (l. c. p. 381. 383). Heidelberger Catechismus Frage 82—85 (l. c. p. 411. 412. 449., vgl. dazu *Ilgen*, Zeitſchrift für die hiſtoriſche Theologie Jahrgang 1838, Bd. II, H. II, S. 88 flg.). Zweite helvetiſche Confeſſion im Tit. de ministris ecclesiae (l. c. p. 511). Synode zu Thorn von 1595 (l. c. p. 583). Thorner Declaration von 1645 (l. c. p. 683. 684). Böhmiſche Confeſſion von 1535 Art. XIII (l. c. p. 806. 807). Anglicaniſche Confeſſion Edmund's VI. von 1552 (l. c. p. 598). Anglican. Conf. von 1562 und 1571 Art. XXIII (l. c. p. 608).

Deputirten der Gemeinden[413]). Die darüber erlaſſene Kirchenordnung[414]) wurde aber auf Luthers Rath, der ſich insbeſondere gegen die darin feſtgeſetzte Kirchenzucht erklärte[415]), nicht publicirt; 1531 folgte dann die Beſtellung von ſechs Superintendenten[416]), 1539 die Anordnung von Gemeindeälteſten, denen die geiſtliche Aufſicht übertragen ward[417]), ohne das Recht auf den Bann, welcher vielmehr den Superintendenten zuſtehen ſollte. Endlich drang aber das Princip der Conſiſtorialverfaſſung vollſtändig durch, anerkannt in der Conſiſtorialordnung vom 10. October 1610. In Württemberg wurde in der im Jahre 1526 von Joh. Brenz verfaßten Kirchenordnung den Presbyterien die Kirchenzucht übertragen[418]), die ſpäter in beſtimmten Graden den einzelnen kirchlichen Behörden anheimfiel, ohne daß aber den Presbyterien (Kirchenconventen) ein gewiſſer Antheil dabei entzogen wurde[419]). Ein ähnlicher Entwickelungsgang kann in anderen Ländern nachgewieſen werden. Dagegen erſcheint das in den reformirten Symbolen dargelegte presbyteriale Element wie überhaupt, ſo vorzugsweiſe rückſichtlich der Kirchencenſur aufs vollſtändigſte in der reformirten Kirche von Jülich-Berg und Cleve-Mark ausgebildet und bis in die neueſte Zeit auch verwirklicht[420]). Schon nach der erſten Begründung der evangeliſchen Gemeindeverfaſſung ward die Kirchendisciplin durch alle Grade in den Conſiſtorien jeder Gemeinde, gebildet von den Geiſtlichen und Kirchenälteſten, geübt. Mit der Erweiterung der evangeliſchen Kirche bildete ſich dabei ein beſtimmter Inſtanzenzug an die größeren evangeliſchen Kreiſe der Claſſen und Synoden, welche von Deputirten des geiſtlichen und Laienſtandes gehalten

---

413) S. Martin, Nachrichten von der Synode zu Homburg. Caſſel 1804. 8. v. Rommel, Philipp der Großmüthige, Landgraf von Heſſen Bd. I, S. 151 flg.

414) Gedruckt bei Schmincke, monumenta Hassiaca T. II. p. 588 sq. Vgl. Auszug bei Kopp, von den geiſtlichen und Civilgerichten in Heſſen Bd. I, S. 206 flg. v. Rommel a. a. O. Bd. II, S. 114—116.

415) Vgl. das früher ungedruckte Schreiben Luther's an Philipp den Großmüthigen, d. d. Montag nach Epiphanias 1527 (in Röhr's kritiſcher Predigerbibliothek 1832 Bd. XIII, H. II, S. 362—364). Desgleichen ein Schreiben (von 1533) Melanthon's an Corvin in Heſſen über Luther's deßfallſige Meinung (v. Rommel a. a. O. Bd. II, S. 116).

416) v. Rommel a. a. O. Bd. II, S. 124, 125. Im Jahre 1537 ergingen deßhalb nur nähere Beſtimmungen (heſſiſche Landesordnungen B. I, S. 100. Kopp a. a. O. B. I, S. 209).

417) Heſſ. Landesordnung B. I, S. 109. Kopp a. a. O. S. 212.

418) S. Hartmann und Jäger, Johann Brenz Bd. I (Hamburg 1840. 8.), S. 108.

419) Vgl. Wolff, die Zukunft der proteſtantiſchen Kirche in Teutſchland (Stuttgart 1840. 8.), S. 200—202. S. Note 425.

420) S. (Pütter) Rechtsgutachten über die Gerechtſame der proteſtantiſchen Synoden in den Herzogthümern Jülich und Berg in Cenſur-, Disciplin- und Matrimonialſachen, nach Inhalt der Religionsreceſſe, von der Juriſtenfacultät zu Göttingen. Cleve 1791. 4. v. Oven, die Presbyterial- und Synodalverfaſſung in Berg, Jülich, Cleve und Mark. Eſſen 1829. 8. Vgl. die älteren Presbyterialkirchenordnungen der Länder Jülich-Berg, Cleve-Mark u. ſ. w. herausgegeben von K. Sarthlage. Leipzig 1837. 8.

wurden. In der Jülich-Bergiſchen Kirchenordnung von 1654, der Cleve-Märkiſchen von 1662[421]), dem Religionsvergleiche zwiſchen Brandenburg und Pfalz-Neuburg vom 26. April 1672 und dem Weſel'ſchen Receſſe vom 6. (16.) April 1677[422]) iſt dieß Cenſurrecht anerkannt. Ja in dieſen Ländern beruhte auch die Verfaſſung der lutheriſchen Kirche auf der presbyterialen Grundlage, und die Disciplin wurde, derſelben entſprechend, gemäß den Miniſterialgeſetzen und dem ſummariſchen Begriffe von 1677 für Jülich-Berg[423]), ſo wie der Cleve-Märkiſchen Kirchenordnung von 1687[424]), fortdauernd geübt[425]). Die katholiſche Landesherrſchaft von Jülich-Berg trat ſpäter hindernd entgegen und in Folge der franzöſiſchen Revolution hörte mit der veränderten Verfaſſung die bisherige Weiſe des Verfahrens auf. Seit der Herſtellung und reſp. Beſitznahme der preuß. Regierung erfolgte aber eine Reſtitution der Disciplinarbefugniſſe und wurde in der unterm 5. März 1835 publicirten Kirchenordnung für die Rheinlande und Weſtphalen anerkannt[426]). Die nähere Ausführung beſchäftigte ſchon vorzüglich die zweite rheiniſche Provincialſynode von 1838[427]) und ſteht jetzt ihrer Vollendung nahe. Auch hat ſich in mehreren anderen Ländern die Handhabung der Kirchenzucht durch Sittengerichte und Synoden ununterbrochen bis jetzt erhalten, wie namentlich in der Schweiz[428]), in Württemberg[429]) und in anderen Ländern[430]). Da, wo es nach und nach zu Beſchränkungen gekommen war, iſt in der neueſten Zeit mit dem Erwachen des höheren Intereſſe für das kirchliche Leben die Herſtellung in Antrag gebracht worden[431]). Auch haben ſich viele Stimmen für dieſelbe vernehmen laſſen[432]). An-

---

421) Cap. III. u. XVII. (ſ. Sarthlage a. a. O. S. 34, 53, 96, 114.)

422) Die betreffenden Stellen bei Sarthlage a. a. O. S. 209 flg.

423) Leges. lex XVII. (Sarthlage a. a. O. S. 63.) Summar. Begriff Cap. I, §. 16, Cap. II (a. a. O. S. 70 flg.).

424) Cap. IX. XII. XIV. XX. (a. a. O. S. 119 flg.)

425) Die handſchriftlichen Synodalprotocolle, deren Reſultate in der Fortſetzung meiner Geſch. des preuß. Kirchenrechtes mitgetheilt werden ſollen, dienen zum Beweiſe.

426) §. 118 flg., §. 144 flg. (ſ. Sarthlage a. a. O. S. 203, 206) u. a.

427) Die Verhandlungen der zweiten rhein. Provincialſynode. Als Manuſcript gedruckt (Barmen 1838), S. 103 flg. Vgl. allg. Darmſtädt. Kirchenzeit. 1838, Nr. 196, und die Auszüge in der Note 433 cit. Schrift von Bruno Bauer.

428) Vgl. die Note 406 cit. Schrift und Berliner allg. Kirchenzeit. 1839, Nr. 96, 1840, Nr. 14.

429) S. den Note 419 cit. Wolff und vorzüglich Eiſenlohr, in der Einleitung zu Bd. VIII von Reyſcher's vollſtändige Sammlung der württembergiſchen Geſetze.

430) Namentlich in England, Schweden (ſ. die Auszüge aus Rabenius in den Berliner Jahrbüchern für wiſſenſchaftl. Critik, 1841, Sept., Nr. 43.

431) S. allg. Darmſtädt. Kirchenzeit. 1836, Nr. 28, 176—179; 1839, Nr. 140, 141. Der Antrag auf der badiſchen Synode zu Lahr im October 1841 wurde zurückgewieſen (Berl. allg. Kirchenzeit. 1841, Nr. 97, S. 896).

432) S. Schuderoff, über Kirchenzucht. 1809. 8. Pahl, das öffentliche Recht der evangeliſch-lutheriſchen Kirche in Teutſchland (Tübingen 1827.

dererſeits hat es aber auch nicht an Gegnern gefehlt, welche die förmlich geübte Kirchenzucht als dem evangeliſchen Principe widerſprechend darzuſtellen geſucht haben und jede derartige Thätigkeit dem Staate vindiciren wollen [433]).

Fragen wir zunächſt nach dem rechtlichen Anſpruche der evangeliſchen Kirche auf Handhabung der Kirchenzucht, ſo iſt derſelbe im allgemeinen nicht zu beſtreiten. Die evangeliſche Kirche iſt an ſich da, wo ſie wirklich recipirt iſt, in demſelben Rechte, welches der katholiſchen Kirche gebührt. Sie hat die Disciplinargewalt als ein annexum exercitii publici [434]), jedoch innerhalb der durch die Landesgeſetzgebungen geſteckten Grenzen (ſ. unten). Daß die Kirchenzucht den Grundſätzen der heiligen Schrift und den Ueberzeugungen der Reformatoren nicht widerſpreche, folgt aber aus der obigen Erörterung. Somit würde es nur noch darauf ankommen, zu entſcheiden, ob eine Beibehaltung und reſp. Reſtitution kirchlicher Disciplin für die jetzigen Zeitverhältniſſe zuläſſig ſein dürfte? — Daß da, wo die Zucht noch gehandhabt wird, keinen Anſtoß erregt und gute Ordnung zu unterſtützen geeignet erſcheint, eine Abſtellung nicht erfolgen dürfe, wird jeder Unbefangene zugeſtehen müſſen. Wo die wohlthätigen Erfolge guter Zucht ſich nicht zeigen, ſind die Gründe der Hemmung zu ermitteln und das den Umſtänden Entſprechende anzuordnen. Wo die Disciplin außer Uebung gekommen, da kann eine Einführung derſelben erſt dann bewirkt werden, wenn der Sinn für dieſelbe geweckt, Lauheit und Indifferentismus in Angelegenheiten der Religion und des kirchlichen Lebens bewältigt und das Bedürfniß anerkannt worden iſt. Die Zucht ſoll kein Zwang ſein, der nur Heuchler hervorrufen würde, ſie kann daher auch nicht von Außen her aufgedrungen werden, ſondern muß von der Kirche und den Gemeinden ſelbſt ausgehen. Die Freiheit des Evangeliums, nicht der Zwang des Geſetzes muß entſcheiden, ob die Disciplin beſtehen ſoll. Die wahre Freiheit beſteht aber in der Ordnung. Iſt deren Nothwendigkeit im allgemeinen anerkannt, ſo kann gegen den Einzelnen, der ſich derſelben nicht fügt, nur mit Entſchiedenheit, aber mit brüderlicher Liebe, eingeſchritten werden. Wer ſich ſelbſt von der Gemeinde ausſchließt, der kann als ein zu ihr nicht weiter Gehörender auch declarirt werden.

II. Die kirchlichen Strafen.

Der natürliche Unterſchied zwiſchen Lehrern (Geiſtlichen) und Lernenden (Laien) iſt in der evangeliſchen Kirche nicht aufgehoben, und ſo ſind die anwendbaren Disciplinarmittel auch hier allgemeine und beſondere.

8.), S. 419 flg. S. auch die Note 385 cit. Abhandlungen von Möller, Schröder. Puchta, Recht der Kirche (Leipzig 1840. 8.), S. 142 flg. u. a.

433) S. Aug. Kähler, ſind Kirchenſtrafen ein weſentliches Stück der Kirchenzucht? In Beziehung auf zeitgemäße Kirchenordnung beantwortet (Magdeburg 1819. 8.), und ganz beſonders Bruno Bauer, die evangeliſche Landeskirche Preußens (Leipzig 1841. 8.), 2. Aufl., S. 108 flg. Vgl. auch Klee, das Recht der Einen allgemeinen Kirche Chriſti Bd. II (Magdeburg 1841. 8.), S. 286 flg.

434) J. P. O. art. V. §. 31. Vgl. oben Note 310 flg. und den Note 420 cit. Pütter.

a) Allgemeine Strafen.

Wenn die Kirchenzucht nur da zur Anwendung zu bringen, wo wahrhaft kirchliches Leben vorhanden iſt, ſo ſetzt dieß natürlich nicht einen vollendeten kirchlichen Zuſtand voraus, der auf Erden nicht ſtattfinden kann und bei deſſen Eintritte es der Zucht vielmehr nicht bedürfte [435]). Die Zucht kann alſo nur eintreten, wo gegen die evangeliſche und kirchliche Ordnung gefehlt wird. Die Zuchtmittel ſind auf die Zurückführung zur Ordnung berechnet, und zwar nicht allein auf dem Wege der Gewalt, ſondern in brüderlicher Liebe, „ohne menſchliche Gewalt, allein durch Gottes Wort [436]).“ Denn, ſagt Luther, wir ſollen die Kirche regieren mit dem Wort oder mündlichen Schwerdt, und die Ruthe des Mundes führen. Dagegen ſo hat die weltliche Obrigkeit ein ander Schwerdt, als, ein Fauſtſchwerdt oder hölzerne Ruthe, damit der Leib geſchlagen wird. Aber des Predigers Ruthe ſchlägt allein die Gewiſſen, welche fühlen, was man ſage. Darum, ſo müſſen dieſe zwo Ruthen und Schwerdter unterſchieden werden, auf daß Einer dem Anderen nicht in ſein Amt falle [437]). So iſt es zunächſt das Princip der Seelſorge [438]), welches in den Ermahnungen, Warnungen u. ſ. w. hervortritt, alſo ein forum internum, wenn gleich die evangeliſche Kirche die Auferlegung von Bußen in foro conscientiae nicht kennt [439]). Nach den Vorſchriften der Kirchenordnungen und Territorialrechte ſoll jede Kirchenzucht mit dieſen Mitteln beginnen, und die Befugniß dazu haben die Geiſtlichen, Presbyterien, Kirchenconvente [440]). Das Moment der Seelſorge bleibt aber auch das belebende in den weiteren Stadien der Cenſur, der Kirchenbuße (excommunicatio minor) und dem Kirchenbanne (excommunicatio maior). Sobald nämlich geheime und öffentliche Vorhaltungen, allenfalls auch von der Kanzel, zuerſt ohne, dann mit Nennung des Namens des Schuldigen die beabſichtigte Beſſerung nicht bewirken können, dann ſchließt ſich der Bezüchtigte ſelbſt und freiwillig, wenn auch mit Widerſtreben, von der kirchlichen Gemeinſchaft aus, und die Kirche iſt befugt, dieß auszuſprechen [441]). Einen Zwang, ſich der Ordnung zu fügen, würde man vom Standpunkte der evangeliſchen Kirche nicht rechtfertigen können [442]). Die Reformatoren, und nach

---

435) Moſer, vertraute Briefe über das proteſtantiſche Kirchenrecht S. 372 flg., verlangt zur Anwendbarkeit der Zucht einen ſolchen Zuſtand.

436) Augsburg. Confeſſion Art. XXVIII.

437) Luther's Werke von Walch Bd. VII, S. 1741.

438) Klee a. a. O. S. 305, 311 flg.

439) G. L. Böhmer, principia iuris canonici (ed. VII.) §. 857. not. a.

440) S. z. B. Jülich-Berg. ref. K.-O. §. 134, 135. Cleve-Märk. ref. K.-O. §. 136, 137. Summar. Begriff Cap. II. Cleve-Märk. luth. K.-O. §. 106, 147 flg. (bei Sarthlage a. a. O.) u. a. Vgl. preuß. allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 75 flg.

441) A. M. Klee a. a. O. S. 295. S. dagegen Puchta a. a. O. (Note 432).

442) Einen Zwang zum heil. Mahle vertheidigt Schuberoff a. a. O. S. 24. Das Recht, ſeine Bürger zur Kirche zu treiben, gibt Kähler a. a.

deren Ausſprüchen (ſ. oben) die Symbole und Kirchenordnungen, ſo wie die weltliche Geſetzgebung fordern die Excommunication, meiſt aber nur die minor, welche ſie aber öfter bei beharrlicher Widerſpenſtigkeit in die maior übergehen laſſen. So beſtimmen die rheiniſchen Kirchenordnungen (ſ. Note 440): Es ſoll niemand, der in Verleugnung der Religion, Mord, Ehebruch, Hurerei, Verrätherei, offenbaren Diebſtahl und dergleichen grobe Laſter gefallen wäre, zum Tiſch des Herrn zugelaſſen werden, bis er durch einen chriſtlichen Wandel wahre Buße und Beſſerung in der That bewieſen hat. — Nach geſchehener Excommunication ſoll die Gemeinde ermahnt werden, daß niemand mit dem Ausgeſchloſſenen, ausgenommen ſeine Ehe- und Hausgenoſſen, eſſe, noch trinke, oder ſonſt einige familiäre Gemeinſchaft mit ihm halte, damit er dadurch veranlaßt werde, ſich zu ſchämen und zur Erkenntniß ſeiner ſelbſt zu kommen; doch ſollen Prediger und Aelteſte denſelben ohne Aufhören zur wahren Buße ermahnen und wieder zu gewinnen ſuchen. — Die Form, in der die Excommunication ausgeſprochen wurde, war mitunter ſehr hart; ſo in der mecklenburgiſchen Conſiſtorialordnung: Verkündige ihm hiermit Gottes ſchrecklichen Zorn und Ungnade, und daß er von der Gemeinſchaft aller Heiligen im Himmel und auf Erden abgeſchnitten, und mit allen Teufeln in der Hölle verflucht und ewiglich verdammt ſei, ſo lange er in dieſer Unbußfertigkeit verharrt. Verſage ihm auch hiermit alle Kirchenrechte und aller h. Sacramente Gemeinſchaft, ausgenommen die Anhörung der Predigt. Bitte auch und vermahne alle Chriſten, daß ſie mit dieſem Menſchen forthin nichts zu ſchaffen haben und ſich ſeiner Gemeinſchaft ganz entſchlagen, nicht mit ihm eſſen oder trinken, ihn nicht zu Gevatter bitten, zu keiner Hochzeit oder anderer ehrlichen Geſellſchaft laden, auch auf der Straße oder ſonſt nicht grüßen[443]. Dieß war offenbar viel weiter gegangen, als urſprünglich von den Reformatoren beſtimmt war und wurde auch da, wo ſolche Strenge geſetzlich zuſtand, wohl nur ſelten geübt. In den meiſten evangeliſchen Ländern beſchränkte man ſich überhaupt auf die kleinere Excommunication, und die größere wurde ſeit dem ſiebzehnten Jahrhunderte nicht mehr verhängt. Insbeſondere war auch von Anfang an die excomm. sententiae latae[444]) und die Anwendbarkeit wegen Civilſachen unterſagt[445]), was aber katholiſcher Seits gegen evangeliſche Unterthanen nicht befolgt wurde[446]). Die Kirchenbuße

---

D. S. 74 dem Staate. Vgl. die Abhandlung: Hat der Staat das Recht, ſeine Diener und Unterthanen auf irgend eine geſetzliche Weiſe zur Beobachtung der öffentlichen Religionsfeier anzuhalten? Frankfurt a. M. 1841. 8. (im Auszuge in der Darmſtädt. allg. Kirchenzeit. 1841, Nr. 192, 193).

443) S. J. H. **Böhmer**, ius eccl. Prot. lib. V. tit. XXXIX. §. 55 sq. **Eichhorn**, Kirchenrecht Bd. II, S. 97.

444) S. das Bedenken wegen der Conſiſtorien von 1538 bei **Richter**, in der Zeitſchrift für teutſches Recht a. a. D. S. 76.

445) S. Note 396. So beſtimmt bereits die heſſiſche Kirchenordnung von 1526 c. 16.: Nolumus ut quispiam excommunicetur pro causis civilibus.

446) Vgl. **Reuther**, diss. ad art. V. §. 48. J. P. O. etc. Mogunt. 1762. (in **Schmidt**, thesaur. iuris eccl. T. III.) Cap. III. (p. 394 sq.)

ſelbſt hat ſich dagegen länger erhalten. So in Württemberg, wo ſie beſonders gegen Ehebrecher zur Anwendung kam, welche an drei auf einander folgenden Sonntagen am Schluſſe des Morgengottesdienſtes vor den Altar treten, eine Strafpredigt anhören und vor der ganzen Gemeinde nach einer beſtimmten Formel ſich als Sünder bekennen und Reue bezeugen mußten. Im Jahre 1621 abgeſchafft, wurde ſie 1642 wieder hergeſtellt, doch ſelten angewendet und durch das Geſetz vom 31. Juli 1806 gänzlich aufgehoben [447]). In Preußen war die öffentliche Kirchenbuße bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts beſonders gegen Unkeuſchheit im Gebrauche [448]). Friedrich der Große hob die öffentliche Handhabung auf [449]) und verordnete, daß kein Geiſtlicher eigenmächtig jemanden vom heil. Abendmahle ausſchließen dürfe [450]). In ſolcher Weiſe, d. h. unter Genehmigung des Conſiſtorii, iſt ſie jetzt noch üblich [451]). Ebenſo in Sachſen und in anderen Ländern [452]). Auch hat ſich als Ueberreſt des Kirchenbannes noch öfter die Verſagung des kirchlichen Begräbniſſes erhalten [453]). In die Stelle der Kirchenbuße iſt für manche Fälle auch Geldſtrafe getreten (Brüchten, Sabbathsbußen u. a.) [454]) und ſelbſt Gefängniß [455]).

b) Beſondere Strafen.

Außer den allgemeinen, auch gegen Geiſtliche anwendbaren Strafen, finden ſich folgende nur in Beziehung auf das Amt: die Translocation (Strafverſetzung), namentlich zu einer ſchlechteren Stelle (Pönitenzpfarre), wenn ein Geiſtlicher das Vertrauen ſeiner Gemeinde verloren, oder wenn er ſein Amt vernachläſſigt und vorangegangene Admonition nicht gefruchtet hat [456]). Dagegen iſt die bloße Verſetzung zu einer gleich guten Pfarre nicht als Strafe anzuſehen [457]). Die Suspenſion vom Amte oder den Einkünften iſt nach den bei katholiſchen Geiſtlichen ein-

---

447) C. G. Wächter, die Strafarten und Strafanſtalten Württembergs (Tübingen 1832. 8.), S. 252. S. auch Note 429 cit.

448) Vgl. beſ. Geſetze vom 11. Februar, 30. März, 19. Dec. 1716 (Corp. Const. March. T. I. Abth. II, Nr. 101, 106, 107, 110 u. a.).

449) Geſetz v. 3. März und 20. Juni 1746 (Nov. Corp. C. March. T. III. Nachtrag Nr. 33).

450) Geſetz v. 27. März 1747.

451) Allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 50 flg., §. 86 flg.

452) v. Weber, ſächſ. Kirchenrecht Th. I, Abth. II, S. 635. Ueber Hannover ſ. Spangenberg in Lippert's Annalen des Kirchenrechtes Bd. III, S. 26 u. a.

453) S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 562. v. Droſte-Hülshoff a. a. O. Bd. II, Abth. II, §. 226, Anm. 631. Wegen Sachſen ſ. m. den Erlaß von 1838 in der allg. Kirchenzeit. 1839, Nr. 37, S. 309, 310.

454) S. v. Droſte-Hülshoff a. a. O. Anm. 630, S. 179.

455) Wie in Württemberg ſ. Note 429, 447 cit.

456) S. z. B. preuß. allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 531. Circular v. 15. Nov. 1791 (Gedicke, Annalen des Kirchenweſens Bd. I, S. 67, 68). — Auf Antrag der Landſtände in Sachſen durch Reſolution v. 30. Sept. 1763 abgeſchafft (Codex des im Königreiche Sachſen geltenden Kirchen- und Schulrechtes [Leipzig 1840], S. 145).

457) Heffter, im n. Archive des Criminalrechtes Bd. XIII, S. 55, 56.

tretenden Beziehungen (ſ. oben Note 171 flg.) zu beurtheilen; die unfreiwillige Emeritirung oder Penſionirung, mit einem nach dem Grade der Verſchuldung abzumeſſenden geringeren Emeritengehalte oder Penſionsbetrage. Sie ſoll in Preußen zur Anwendung kommen, wenn eigentlich auf Strafverſetzung zu erkennen geweſen, dieſe aber wegen des höheren Alters oder ſonſt verminderter Dienſtfähigkeit des zu Verſetzenden nicht für anwendbar zu erachten iſt[458]); die Dienſtentlaſſung (Dimiſſion), wenn die geſetzliche Penſion oder das ganze Gehalt dem Dimiſſus verbleibt, iſt eine mildere Form der Amtsentſetzung (Remotion)[459]), welche als Degradation erſcheint, wenn dabei gewiſſe Solennitäten angewendet, namentlich öffentlich in der Kirche dem bisherigen Geiſtlichen der Prieſterrock und Halskragen abgenommen werden[460]). — Da nach evangeliſchem Rechte der Geiſtliche als ſolcher nur vermöge ſeines Amtes erſcheint, ſo geht mit dem Verluſte deſſelben ſtets ſein Stand ſelbſt verloren. — Die Verhängung aller dieſer Strafen erfolgt bald durch das Conſiſtorium, bald durch das geiſtliche Miniſterium, nach vorangegangener richterlicher Unterſuchung oder auch ohne eine ſolche, indem nach den Vorſchriften der Particularrechte hierbei auf blos adminiſtrativem Wege verfahren werden darf, und auch, wenn die Sache zur gerichtlichen Verhandlung gekommen iſt, wegen des veranlaßten Aergerniſſes nicht ein ſtreng juriſtiſcher Beweis nothwendig iſt[461]).

III. Die kirchlichen Verbrechen.

Auch hier ſcheint es zweckmäßig, die allgemeinen und beſonderen Delicte zu trennen, um daraus zugleich die verſchiedene Auffaſſung des evangeliſchen Rechtes, gegenüber dem katholiſchen, beſtimmter zu erkennen.

a) Gemeine kirchliche Verbrechen.

Die bisherige Strafdisciplin der katholiſchen Kirche ging auf die evangeliſche nur beſchränkt über, indem die veränderte Auffaſſung des Verhältniſſes zum Staate viele bis dahin der kirchlichen Cognition unterworfene Handlungen als zum Reſſort des bürgerlichen Richters gehörig ausgeſchieden wurden. Die Geſichtspunkte, welche für die evangeliſche Disciplin maßgebend bleiben mußten, waren: die Unwahrheit der Lehre, der unſittliche Wandel, die Verletzung der Ordnung der Gemeinde. — Darnach verzeichnen die Kirchenordnungen die einzelnen der Zucht zu unterwerfenden Handlungen. So nennt das Bedenken wegen der Conſiſto-

458) Cabinetsordre v. 27. April 1830 (Geſetzſamml. 1831, Nr. 11).

459) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 103, 104. Vgl. Jülich-Berg. ref. K.-O. §. 48, 49 u. a.

460) S. Roſenmüller, Rede bei der öffentlichen Degradation des Pfarrers zu Poſerna Tinius. Leipzig 1814. 8. Vgl. Hitzig, Zeitſchrift für die preuß. Criminalrechtspflege 1830, H. XXIX, Nr. 15, S. 12 flg., Anm. Allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 532 flg.

461) S. z. B. preuß. Reſcr. v. 10. und 24. Nov. 1809 (Mathis, jur. Monatsſchrift Bd. VIII, S. 497, Bd. X, S. 290) u. a. Art. 47 des Landtagsabſchiedes im Herzogthume Braunſchweig v. 13. Juni 1823 und herzogl. Reſcr. v. 12. Nov. 1824 (v. Strombeck, ſtaatswiſſenſchaftliche Mittheilungen [Braunſchweig 1831. 8.], Hft. II, S. 200—203).

rien vom Jahre 1538 1) die, welche rottiſche vorfuriſch Dogmata und Lere fureten; 2) die, ſo nach geſchehener Verwarnung in Ehebruch, Hurerei, Wucher verharren und ſich nicht beſſern; 3) welche Vater, Mutter ſchlahen, an Prieſter, Pfarrer u. ſ. w. gewaltig Hand anlegen; 4) alle Gotteslåſterer und die von der Chriſtlichen Lere honiſch, vorechtlich oder unnutzlich gerett haben; 5) die unter der heiligen Communion, unter der Predigt oder zur Zeit der Pſalmodey in der Kirche aus Muthwillen, Trotz, Leichtfertigkeit getrieben, die Prediger geſchmåht, item die etliche Wochen, Monat oder Jahr aus Verachtung in kein Kirchen oder Predigt gangen; 6) die mit Zauberei, verdåchtigen Segen umgehen, meineidig und ihres Eidespflicht Veråchter befunden u. a.[462]). Da, wo die Presbyterialverfaſſung die Kirchenzucht mehr aufrecht erhielt, ſind die meiſten der hier genannten Delicte auch wirklich långere Zeit Gegenſtand der Cenſur geblieben, und noch neuerdings ſind von der rheiniſchen Provincialſynode (ſ. Note 427) deßfallſige Antråge gemacht worden. Die Synode bezeichnet als Gegenſtand der Disciplin die zur öffentlichen Kunde gekommenen, Aergerniß gebenden Vergehungen und Laſter und zwar 1) ſolche, durch welche eine Verachtung oder Geringſchåtzung der evangeliſchen Kirche an den Tag gelegt und derſelben ihre natürliche Erhaltung und Ergånzung entzogen wird, nåmlich a) wenn ein evangeliſcher Mann ſeine Kinder in der katholiſchen Kirche erziehen zu laſſen verſpricht oder wirklich erziehen låßt, b) fortgeſetzte Theilnahme an den Ceremonien der katholiſchen Kirche; 2) ſolche, die wider die Ehrfurcht vor Gott und die Heiligung des göttlichen Namens angehen, namentlich a) gotteslåſterliche Reden, b) Verſpottung der chriſtlichen Religion, c) Wahrſagerei als Gewerbe, d) Entweihung und Störung des öffentlichen Gottesdienſtes und Beleidigung der in ihren amtlichen Functionen begriffenen Geiſtlichen und Presbyter, e) fortgeſetzter und öffentlich kund werdender Gebrauch der Sonn- und Feiertage zur Ausübung der gewöhnlichen Erwerbsthåtigkeit, inſofern ſie nicht durch die Nothwendigkeit geboten wird; 3) ſolche, durch welche Zücht und Ehrbarkeit in der Gemeinde untergraben wird, a) notoriſch unzüchtiger Lebenswandel, ſo wie die öffentliche Beförderung dieſes Laſters, b) notoriſcher Ehebruch, c) wilde Ehen, anſtößiges Zuſammenleben verlobter Perſonen und voreheliche Schwangerſchaft, d) Laſter des Trunkes und Spielens, e) grobe Vernachlåſſigung der Kinderzucht, f) notoriſche und fortgeſetzte Unehrerbietigkeit gegen Eltern, deren Stellvertreter und alle vorgeſetzte Obrigkeit, g) anſtoßgebender Unfriede im Hauſe, h) Schlågerei und Duell; 4) alle entehrenden Handlungen, welche mit bürgerlichen Strafen belegt werden und zugleich durch das göttliche Geſetz verboten ſind, als Diebſtahl, Mord, Betrug, Meineid, Aufruhr u. dergl.; 5) ſolche, die ſich auf die Handhabung der Kirchenzucht beziehen, nåmlich das Nichterſcheinen der vor einer Commiſſion des Presbyteriums oder vor dem verſammelten Presbyterium zu erſcheinenden dreimal vorgeladenen Glieder der Gemeinde, als eine Verachtung der kirchlichen Behörden.

---

462) Richter, in der Zeitſchrift für teutſches Recht a. a. O. S. 76.

Nach dem jetzigen Standpunkte des bürgerlichen Strafrechtes kann eine Gewährung kirchlicher Disciplin in allen dieſen Vergehen wohl nicht gerechtfertigt werden, ja ſchon nach dem Standpunkte der Reformatoren würden viele dieſer Fälle der Cognition des Staates ſchlechthin zu unterwerfen ſein. Alle diejenigen aber, welche der Staat gar nicht zum Gegenſtande ſeiner ſpeciellen Sorge gemacht hat oder machen kann, würden der kirchlichen Cenſur anheimfallen. Die in der älteren Zeit auch in der evangeliſchen Kirche öfter gerügte Häreſis (Ketzerei) fällt jetzt nur unter den Geſichtspunkt des Irrthums[463]) und wird im allgemeinen, wenn nicht beſondere Vergehen concurriren, nur Gegenſtand der Belehrung[464]). Ein Schisma im Sinne des canoniſchen Rechtes (ſ. oben Note 215 flg.) iſt in der evangeliſchen Kirche nicht möglich, wohl aber kann der Separatismus und die Sectirerei ſtrafbar werden, wie auch Conventikel, inſofern den deßhalb vom Staate und der Kirche erlaſſenen Bedingungen entgegen gehandelt wird, da an ſich Privatvereinigungen mit religiöſen Zwecken, ecclesiolae in ecclesia, eher dem Principe der evangeliſchen Kirche gemäß ſind, als demſelben widerſprechen[465]). — Die katholiſchen Grundſätze von der Apoſtaſie ſind ſchon darum meiſt unanwendbar, weil es am Objecte fehlt. Dagegen kann die Simonie auch in der evangeliſchen Kirche vorkommen[466]) und für den Patron, ſo wie für den Geiſtlichen ſelbſt beſondere, particularrechtlich beſtimmte, Nachtheile herbeiführen. Ein iuramentum simoniae mußte öfter geleiſtet werden[467]), iſt aber durch die ſpätere Praxis fortgefallen. Dieſe, wie andere Vergehen, gehören aber jetzt faſt allgemein vor den bürgerlichen Richter. Auch kann jetzt der Ort, wo ein Verbrechen begangen wird, nicht mehr den Ausſchlag geben, während früher die auf Gottesäckern und in Kirchen verübten Delicte bisweilen zur Cognition der Conſiſtorien gehörten[468]).

b) Beſondere kirchliche Verbrechen.

Die verſchiedenen Beziehungen, welche oben (ſ. Note 273 flg.) rückſichtlich der Amtsvergehen katholiſcher Geiſtlicher nachgewieſen worden, ſind gleichmäßig bei den evangeliſchen Kirchenbeamten anwendbar, und eben ſo iſt die Strafe nach den Umſtänden des concreten Falles zu ermeſſen. Die Kirchenordnungen und Landesgeſetze geben darüber öfter allgemeine Beſtimmungen. Die rheiniſche Generalſynode von 1659 verordnet deß-

463) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 122.

464) Preuß. allg. Landr. Th. II, Tit. XI, §. 55: Wegen bloßer von dem gemeinen Glaubensbekenntniſſe abweichender Meinungen, kann kein Mitglied ausgeſchloſſen werden.

465) S. Hupfeld, Gutachten über die Rechtmäßigkeit und Rathſamkeit frommer Privatgemeinſchaften und Zuſammenkünfte innerhalb der proteſtantiſchen Kirche: in der allg. Kirchenzeit. 1837, Nr. 29—32. Rheinwald, Acta hist. eccl. 1835. p. 453—483. — Pohl, das Conventikelweſen (Güſtrow 1837. 8.) u. a.

466) Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 127, 128.

467) So in Preußen. S. die Verordnungen von 1698 und 1699 in Grube, corpus const. Prutenicarum. (Regiom. 1721.) fol. nr. 25. 26. Vgl. Arnold, preuß. Kirchenrecht Bd. I, Cap. IV, §. 6.

468) S. die Note 476 cit. mecklenb.-ſchwerinſchen Geſetze.

halb z. B. in einem concreten Falle[469]): Ein Prediger, der mit gewiſſen Documentis kann überwieſen werden, folgende Artikeln ſchuldig zu ſein, 1) daß er das Conſiſtorium calumniirt, 2) andere fromme ministros ordinarios vor Unredlige geſcholten, 3) andere Gemeinden mit Abzwackung ihrer Renten zu betrüben ſich unterfängt, 4) unbefugter Weiſe in Dienſt anderer Gemeinden ſich ſucht einzudrängen, 5) ein öffentlicher Lügner iſt, 6) synodi refractarius, 7) der niemals communicirt, 8) der von einer papiſtiſchen Kirche Renten genießt und einen Meßprieſter ſubſtituirt, dem er auch die Meſſe vorgeſungen — daß ein ſolcher Prediger de facto des Miniſterii unfähig. — Der hier angedeutete letzte Punkt, wenn er auch minder grell hervortritt, iſt wohl vorzugsweiſe Anlaß zum Verluſte der geiſtlichen Stelle. Der evangeliſche Geiſtliche iſt für eine evangeliſche Gemeinde beſtellt und kann nur ſo lange derſelben vorſtehen, als er dem Lehrbegriffe der evangeliſchen Kirche zugethan iſt, alſo die heilige Schrift nach den Grundbeſtimmungen der ſymboliſchen Bücher anerkennt. Wenn der evangeliſche Prediger auch nicht an die Symbole ſchlechthin gebunden iſt, ſo darf er doch die Grenzen ſeiner Lehrfreiheit nicht ſo weit ausdehnen, daß er mit derſelben in Widerſpruch tritt[470]).

IV. Das Verfahren[471]).

Innerhalb der vorhin bezeichneten Grenzen haben Presbyterien, Synoden und Conſiſtorien ein ſelbſtſtändiges Cognitionsrecht. Ueber gemeine Verbrechen entſcheidet dagegen der Staat, auch wenn Geiſtliche die Schuldigen ſind. Darüber erklärten ſich gleich anfangs die Reformatoren: Es iſt zu viel, daß man ſo hoch im geiſtlichen Recht hebt der Geiſtlichen Freiheit, Leib und Güter, gerade als wären die Laien nicht auch ſo geiſtlich gute Chriſten, als ſie, oder als gehörten ſie nicht zur Kirchen.... Wo kommt her ſolch' großer Unterſchied in gleichen Chriſten? Allein aus Menſchengeſetzen und Dichten[472]). Darum ſage ich: Dieweilen weltliche Gewalt von Gott geordnet iſt, die Böſen zu ſtrafen und die Frommen zu ſchützen, ſo ſoll man ihr Amt laſſen frei gehen und unverhindert, durch den ganzen Körper der Chriſtenheit, Niemand angeſehen, ſie treffe Pabſt, Biſchöfe, Pfaffen, Mönche, Nonnen oder was es iſt u. ſ. w.[473]). Die Symbole ſind demgemäß abgefaßt. Da aber den Conſiſtorien und Synoden ſogleich ein Antheil an der geiſtlichen Jurisdiction zugeſtanden wurde, ſo übten ſie auch bei gemeinen Delicten der Kirchenbeamten die=

---

469) §. XXIII (handſchriftlich im Archive der rheiniſchen Provincialſynode zu Barmen).

470) Ueber dieſen Gegenſtand herrſchen bekanntlich ſehr abweichende Anſichten. M. vgl. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 222 flg. Bickell, über die Verpflichtung der evangeliſchen Geiſtlichen auf die ſymboliſchen Schriften, 2. Ausgabe. Caſſel 1840. 8. Eine nähere Auseinanderſetzung gehört nicht hierher.

471) Vgl. Chr. Friedr. Georg Meiſter, Abhandlung des peinl. Proceſſes in Teutſchland (Göttingen 1776. 4.), S. 695 flg. Der oben cit. Heffter a. a. O. Eichhorn a. a. O. Bd. II, S. 109 flg.

472) Luther's Werke von Walch Bd. X, S. 436.

473) A. a. O. S. 307. Vgl. Bd. XIII, S. 207 u. v. a.

ſelbe in einem beſchränkteren Umfange[474]). Regelmäßig eröffnete die geiſtliche Behörde die Unterſuchung, außer wenn jemand in handhafter That ergriffen ward, in welchem Falle der weltliche Richter dem Kirchenoberen nur Anzeige machte. Ebenſo, wenn das geiſtliche Gericht ſich eine Nachläſſigkeit zu Schulden kommen ließ[475]); ſo wie umgekehrt, wenn der weltliche Richter ſäumig war, der geiſtliche ſich der Sache unterziehen konnte[476]). Die Inquiſition ward nun ſo weit geführt, bis ſich ergab, ob eine ſchwere Strafe verhängt werden müſſe, worauf vor der Specialunterſuchung die Sache der bürgerlichen Behörde übergeben wurde. In ſolcher Weiſe hat ſich das Verfahren noch öfter erhalten[477]). Mitunter wurde aber auch bei jedem gemeinen Verbrechen das ſofortige Einſchreiten des weltlichen Richters üblich, welcher die geiſtliche Behörde dann nur zu benachrichtigen hatte, daß wegen der nöthigen Suspenſion des Inculpaten für die Amtsvertretung Sorge getragen wurde. Nach geſprochenem Urtheile erfolgte dann eine abermalige Anzeige, um definitiv die vacante Stelle zu beſetzen, wenn der Geiſtliche mit dem Amtsverluſte zu beſtrafen war[478]). Die Cognition über Amtsvergehen iſt dagegen regelmäßig dem geiſtlichen Gerichte verblieben. Die höhere Inſtanz iſt bald bei den ordentlichen Gerichten, bald bei der vorgeſetzten geiſtlichen Behörde.

In Preußen mußte früher wegen jedes gemeinen Delictes beim Hofgerichte verhandelt werden. In anderen Fällen erkannte das Conſiſtorium, von welchem der Recurs an das Hofgericht ging[479]). Später wurde verordnet, daß die Unterſuchungen gegen Prediger und Schullehrer wegen ihrer Amtsführung, übler Lebensart und anderer grober Vergehen von den Conſiſtorien durch die geiſtlichen Inſpectoren des Ortes oder einen anderen Geiſtlichen mit Zuziehung eines Juſtizbedienten geführt und wenn das Conſiſtorium finde, daß auf das Vergehen eine höhere, als 30 Thlr. Geldſtrafe oder eine längere als dreimonatliche Amtsſuspenſion zu erkennen ſein würde, die Acten zur Abfaſſung des Erkenntniſſes an das Juſtizcollegium übergeben werden ſollten[480]). Nach der neueſten Geſetzgebung

---

474) S. z. B. wegen der Synoden in Schleswig-Holſtein **Burchardi**, Geſch. der Synoden in Schleswig-Holſt. S. 11. Vgl. S. 74.

475) Inſtruction des Conſiſtorii zu Meißen von 1545 (**Weber**, ſächſiſches Kirchenrecht Bd. I, Abth. II, S. 643, Anm. 69).

476) Mecklenburg-ſchwerin'ſche Kirchenordn. v. 1552, 1602, Conſiſtorialordn. von 1570, anerkannt durch kaiſerliche Reſolution v. 19. Oct. 1724, §. 9 (**Deiters**, Handbuch der Kirchengeſetze des Großherz. Mecklenburg-Schwerin S. 657), und erneuert im grundgeſetzlichen Erbvergleiche v. 18. April 1755, §. 415—418 (a. a. D. S. 669).

477) Vgl. **Weber**, ſächſ. Kirchenrecht a. a. O. S. 623 flg. Die neueſte ſächſ. Geſetzgebung hat aber Aenderungen getroffen. Vgl. die unten Note 633 cit. Geſetze und das Reſcr. des Juſtizmin. v. 1. Juni 1839 im Codex des Kirchenrechtes cit. S. 501.

478) S. **Schlegel**, hannöverſches Kirchenrecht Bd. I, S. 362 flg.

479) Umſtändliche Nachricht, wie künftig die Juſtizcollegia in Preußen beſtellt werden ſollen vom 16. Sept. 1751, Nr. III, §. 4, 5.

480) Edict v. 16. Mai 1760. Circ. vom 12. Januar 1771.

gehören Amtsvergehen vor die Conſiſtorien, gemeine Verbrechen ſind Juſtizſache[481]). Im Falle der Entſetzung auf adminiſtrativem Wege ſtand aber der Antrag auf gerichtliche Unterſuchung frei, was jedoch aufgehoben wurde, indem nur der Recurs an's Miniſterium und den König verſtattet iſt[482]). Dabei hat der Recurirende das Recht einer Schlußdefenſion[483]).

Bisweilen haben auch Superintendenten eine beſchränkte Disciplinargewalt[484])

II. Die Civilgerichtsbarkeit[485]).

Den Chriſten wurde die Friedfertigkeit vom Erlöſer ſelbſt als ein Zeichen wahrhafter Jüngerſchaft empfohlen und damit eigentlich jeder Streit unterſagt. Zwiſtigkeiten blieben indeſſen der menſchlichen Schwäche halber unvermeidlich. Der Apoſtel gab deßhalb die Weiſung, daß unter Vermittelung der Gemeinde eine friedliche Ausgleichung geſucht, nicht aber vor heidniſchen Richtern und dem Chriſtenthume widerſprechenden Formen Prozeſſe geführt werden ſollten[486]). Die erſten Chriſten galten dem Staate noch als Juden, und ſo wie dieſen die Geſetze geſtatteten, ſich Schiedsrichter zu wählen[487]), bedienten ſich auch die Neubekehrten deſſelben Organs und wendeten ſich vorzugsweiſe an die Leiter der Gemeinden.

---

481) A. L. R. Th. II, Tit. XI, §. 530 flg. und die dazu gehörigen Ergänzungen.

482) S. A. L. R. cit. §. 533. Cabinetsordre v. 12. April 1822. Eichhorn a. a. O. S. 115, Anm. 16.

483) Circ. vom 30. Juli 1832 (v. Kamptz, Annalen d. J. Hft. III, S. 646, 647).

484) Jedoch nicht nach preuß. Rechte. S. Miniſterialreſcr. v. 19. Dec. 1836, 30. Juni 1837, 28. Nov. 1840 (criminaliſtiſche Zeitung [Berlin 1841], S. 197).

485) S. Tit. Cod. Th. de episcopis ecclesiis et clericis. (16. 2.) Cod. Just. 1. 3. Tit. de episcopali iudicio (bei Jac. Gothofredus hinter dem lib. XVI. Cod. Theod. ed. Ritter. Tom. VI. p. 639 sq.). Cod. Just. de episcopali audientia (1. 4.) und mehrere unten zu citirende Novellen. — Im Decrete Cau. XI. qu. I. — Tit. X. II. 1. in VIto. II. 1. Clem. II. 1. de iudiciis. Tit. X. II. 2. in VIto. II. 2. Clem. II. 2. de foro competenti. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. II. lib. III. cap. CI —CXIV. Van Espen, ius ecclesiasticum universum P. III. Tit. I. II. V sq. Dav. Georg. Struben, observat. iuris ad II. (Hannover 1769. 4.) obs. VI. de potestate iudicum ecclesiasticorum in causis civilibus. obs. VII. de iure dirimendi lites de bonis ecclesiasticis obortas. Hebenstreit, historia iurisdictionis ecclesiasticae ex legibus utriusque Codicis illustrata. Diss. I.—III. Lipsiae 1773. (1780. ed. II. diss. I.) 1776. 1778. 4. Bruno Schilling, diss. de origine iurisdictionis ecclesiasticae in causis civilibus. Lipsiae 1825. 4. C. F. A. Jungk, diss. de originibus et progressu episcopalis iudicii in causis civilibus laicorum usque ad Justinianum. Berolini 1832. 8. Turk, diss. de iurisdictionis civilis per medium aevum cum ecclesiastica coniunctae origine et progressu. Monasterii 1832. 8. und vorzüglich Haenel, diss. de constitutionibus, quas Jacobus Sirmondus Parisiis a. MDCXXXI. edidit. Lipsiae 1840. 4.

486) I. Corinth. VI. 1 sq.

487) Vgl. die Cit. bei Gieſeler, Lehrbuch der Kirchengeſchichte Bd. I, §. 17, Anm. c.

Die Gewohnheit wurde für den Clerus bald ein Recht, insbeſondere des Biſchofs, und es bildete ſich die episcopalis definitio oder audientia. Darüber, wie gegen Ende des dritten Jahrhunderts dieß Verhältniß beſchaffen war, belehren uns die apoſtoliſchen Conſtitutionen[488]). Hiernach haben die Chriſten ein eigenes Gerichtsgebäude (κριτήριον), in welchem am Montage Gericht gehalten wird. Der Biſchof präſidirt (auf dem Gerichtsſtuhle — δικαστήριον), die Parteien treten vor und die Zeugen werden abgehört. Hierauf bemühen ſich die anweſenden Presbyteren und Diaconen eine gütliche Vereinigung zu bewirken; wenn dieſe aber nicht zu Stande kommt, fällt der Biſchof das Urtheil. Dieſes erzeugte aber nicht die Folgen einer wahren res iudicata, konnte alſo nicht mit Zwang durchgeſetzt werden, ſondern nur indirect durch Disciplinarmittel wurde die Erfüllung des Schuldners erwirkt. Nachdem Conſtantin der Große die Kirche recipirt hatte, beſtätigte er im Jahre 318 dieſes Herkommen, jedoch mit dem Zufügen, daß der ſchiedsrichterliche Ausſpruch des Biſchofs auch direct vom weltlichen Richter zur Vollziehung gebracht werden ſollte. Ein Rechtsmittel dagegen wurde nicht geſtattet. Zugleich wurde auch genehmigt, daß wenn ſelbſt eine Streitſache bereits dem weltlichen (heidniſchen) Richter übergeben worden, und der Prozeß ſchon begonnen ſei, doch noch den Parteien frei ſtünde, ſich zu vereinigen, dem biſchöflichen Schiedsſpruche die Sache zu unterwerfen[489]). Bald ging der Kaiſer aber noch weiter, indem er durch ein anderes Geſetz erlaubte, daß es in ſolchem Falle nicht einmal der Uebereinſtimmung (des Compromiſſes) beider Theile bedürfe, ſondern auch auf einſeitiges Fordern die vom weltlichen Richter abgeurtheilte Sache der biſchöflichen Entſcheidung überwieſen werden ſolle: Quicunque... inter initia litis vel decursis temporum curriculis, sive quum negotium peroratur, sive quum iam coeperit promi sententia, iudicium elegit sacrosanctae legis antistitis, e t i a m s i a l i a p a r s r e f r a g a t u r, ad episcopum cum sermone litigantium dirigatur. Dieſe zuerſt von Cujacius und Sirmond herausgegebene Conſtitution iſt von Jac. Gothofredus und vielen Anderen als eine verfälſchte verworfen, dagegen von Altaſerra, Jo. Le Gendre, Tillemont, zuletzt von Jungk und Hänel als ächt vertheidigt worden[490]). Die für die Aechtheit angeführten Gründe ſcheinen auch in der That vollſtändig überzeugen zu können, zumal wenn man das ſpätere Geſetz des Arcadius und Honorius vom Jahre 398 in der beſſeren Lesart hinzuzieht[491]), woraus ſich ergibt,

---

488) Lib. II. cap. 47. Vgl. v. D r e y, über die apoſtoliſchen Conſtitutionen u. ſ. w. S. 50.

489) Const. XVII. im Anhange der von Jac. S i r m o n d beſorgten Ausgabe des Codex Theod. Paris 1631. aus dem verloren gegangenen Titel des Cod. Theod. lib. I. tit. 27. de episcopali definitione, wofür Cod. Just. lib. I. tit. 4. de episcopali audientia. Vgl. H a e n e l l. c. p. 14. 15. 20. — Mit dieſer Conſtitution ſteht in beſtimmtem Zuſammenhange der Bericht bei Sozomenus, hist. eccl. lib. I. cap. 9. und Eusebius, Vita Constantini lib. IV. cap. 27.

490) Vgl. die näheren Nachweiſungen bei H a e n e l l. c. p. 16 sq.

491) C. 7. C. J. de episcop. aud. (1. 4.)

daß die bisherige wirklich beſtandene einſeitige Befugniß, eine Sache an den Biſchof zu bringen, aufgehoben wurde. Das Geſetz lautet alſo: Si qui ex consensu apud sacrae legis antistitem litigare voluerint, non vetabuntur, sed experientur illius in civili dumtaxat negotio more arbitri sponte residentis iudicium. Quod his obesse non poterit nec debebit, quos ad praedicti cognitoris examen coactos potius adfuisse[492]) quam sponte venisse constiterit. Bisher war alſo das Urtheil entſcheidend, auch wenn man gezwungen zum Biſchofe kam; jetzt ſollte dieß nicht mehr der Fall ſein und nur ex consensu das iudicium episcopi angenommen werden. — Der Grund der älteren ſowohl, als der ſpäteren Beſtimmung liegt übrigens in den Zeitverhältniſſen: denn früher beſtand die Beſorgniß, daß die heidniſchen Richter gegen Chriſten, welche mit einem zumal mächtigeren Nichtchriſten in einen Prozeß gerathen, nicht die nöthige Unparteilichkeit anwenden würden, die von den Biſchöfen mehr zu erwarten war. Später, ſeit auch die weltlichen Richterſtellen mit Chriſten beſetzt waren, konnte man zu der Regel des Compromiſſes (ex consensu) zurückkehren. Die bisher den biſchöflichen Sentenzen beigelegte Autorität blieb dabei unverkürzt[493]). Die Verordnung von 398 fand aber nicht ſofort die allgemeine Anerkennung und mußte daher im Jahre 452 durch Valentinian III. auf's Neue eingeſchärft werden[494]), und ſollte eben ſowohl für Geiſtliche, als für Laien in den geeigneten Fällen zur Anwendung kommen, da ſonſt nur in Religionsſachen (quoties de religione agitur) ſchon nach einer Vorſchrift des Arcadius und Honorius vom Jahre 399 den Biſchöfen eine ſelbſtſtändige Cognition gebührte[495]).

Indem Valentinian III. im übrigen die Cleriker an die bürgerlichen Gerichte wies, trat er mit der kirchlichen Geſetzgebung in Widerſpruch, da dieſe die Geiſtlichen verpflichtete, im Streite mit Geiſtlichen ſich nur an das kirchliche Forum zu wenden[496]). Der Kaiſer Marcian beſtätigte nun das Concil von Chalcedon, weßhalb nur im Streite mit Laien noch der weltliche Richter eintrat. In der Provinz ſollte der Provincialſtatthalter, in der Hauptſtadt der praefectus praetorio dann entſcheiden,

---

492) So Haloander und alte Handſchriften, mit denen auch Haenel l. c. p. 22. 23. not. ttt. Die lectio vulgata iſt conventos potius afuisse (abſ.), welche auch Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 134, Anm. 9, annimmt, der S. 132 flg. ſich gegen die Aechtheit der cit. Const. (Note 6) und gegen die hier mitgetheilte Interpretation der c. 7. C. cit. (l. 4.) erklärt.

493) C. 8. C. de episc. aud. (1. 4.) (Arcadius et Honorius a. 408.) Vgl. noch Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozeſſes Bd. I (Bonn 1834. 8.), S. 133.

494) Nov. Valent. III. tit. XII. im Anhange des Cod. Theod. edd. Gothofred.-Ritter. Tom. VI. P. II. p. 127 sq., bei Hugo, ius civ. Antiiust. lib. II. tit. 36. Tom. II. p. 1347.

495) C. 1. C. Th. de religione. (16. 11.)

496) Conc. Carthag. III. a. 397. c. 9. (c. 7. dist. XC. c. 43. Cau. XI. qu. I.) Conc. Chalced. a. 451. c. 9. (c. 46. dist. XC.)

wenn nicht durch Compromiß der Biſchof angezogen wurde[497]). Dieſes Recht des Clerus erkannte auch Majorian an[498]). Die Einmiſchung in Teſtamentsſachen verbot im Jahre 524 Juſtin den Geiſtlichen[499]). Nur Sachen, welche die Religion betrafen, gehörten daher nach wie vor an das geiſtliche Gericht. Mit dieſem forum causarum entwickelte ſich aber auch zugleich ein forum privilegiatum personarum, da Juſtinian verordnete, daß Laien die Geiſtlichkeit in ſolchen Sachen, und ſelbſt allgemeiner (si quis habet quam libet pecuniariam causam) bei der biſchöflichen Behörde belangen ſolle. Es war dabei ein ſummariſches, mündliches Verfahren vorgeſchrieben. Gegen die biſchöfliche Sentenz konnte aber noch innerhalb zehn Tagen das Mittel der Appellation beim weltlichen Richter angewendet werden. Beſtätigte dieſer das vorige Urtheil, ſo war die Sache definitiv erledigt, änderte er aber daſſelbe, ſo wurde noch weitere Berufung geſtattet[500]). Außerdem erhielten die Biſchöfe noch dadurch Einfluß auf die Juſtiz, daß ſie in Fällen erſchwerter und verweigerter Rechtspflege dieſe ſelbſt übernehmen durften, worauf die Sache, wenn man damit unzufrieden war, an den Kaiſer ging. Wenn ein Richter ſuspect war, ſollte der Biſchof zur Beurtheilung zugezogen werden. Derſelbe entſcheidet auch bei Streitigkeiten zwiſchen Privatperſonen und dem Provincialſtatthalter und wurde öfter vom Kaiſer beauftragt, in einzelnen Sachen Recht zu ſprechen[501]).

In den germaniſchen Staaten gelangte die Kirche nicht ſogleich zu den durch das römiſche Recht ihr gewährten Privilegien. Der Entwickelungsgang war hier derſelbe, wie bei der Cognition in Strafſachen oben (Note 32 flg.) nachgewieſen worden iſt. Die von Pſeudo-Iſidor aufgeſtellten Grundſätze[502]) drangen endlich durch. Insbeſondere hatte der Verfälſcher auch die ältere Beſtimmung der Conſtantiniſchen Verordnung (ſ. oben Note 6) wieder aufzufriſchen geſucht[503]). Indeſſen wurde ſie nicht practiſch und auch die anderen Feſtſetzungen kamen nicht ſobald zu unbedingter Geltung. Kaiſer Friedrich II. beſtätigte aber das Princip zu Gunſten der Kirche im Jahre 1220[504]). Darauf hin konnte das Forum der Kirche objectiv und ſubjectiv immer mehr erweitert werden und entwickelte ſich auch in der umfaſſendſten Weiſe vom zwölften bis zum ſechszehnten Jahrhunderte. Zu einer feſten Begriffsbeſtimmung und übereinſtimmenden Claſſificirung iſt es indeſſen dabei niemals gekommen. Die vereinzelten Entſcheidungen der Päbſte, das abweichende Herkommen,

---

497) C. 13. C. de episcop. audientia. (1. 4.) c. 25. C. de episc. eccl. et clericis. (1. 3.) (Marcian. a. 456.) Vgl. c. 33. pr. §. 1. C. eod. (1. 3.) (Leo et Anthemius. c. 469.)

498) S. die Interpret. zu der Note 494 cit. Nov. Valent. (vgl. Hebenstreit l. c. diss. II. §. 20. Ritter l. c. im Cod. Theod. p. 132.)

499) C. 41. C. de episcopis. (1. 3.) c. 23. C. de testamentis. (6. 23.)

500) Nov. LXXXIII. pr. CXXIII. cap. 21.

501) Nov. LXXXVI. CXXIII. cit.

502) S. Cau. XI. qu. I.

503) Capitularium lib. VI. cap. 366. c. 35. 36. 37. Cau. XI. qu. I. Vgl. c. 5. eod.

504) Auth. Statuimus C. de episc. et clericis. (1. 3.)

dem hierbei bedeutender Einfluß gebührte[505]), die auf die Theorie der Canoniſten gebaute Praxis und die particulare Geſetzgebung weichen mannigfach von einander ab. Nur in dem Grundſatze ſtimmen ſie überein, daß, da die lehrende Kirche allein im Beſitze der ganzen Verwaltung und Regierung iſt, es keinem Laien verſtattet ſein ſoll, über kirchliche Angelegenheiten zu urtheilen[506]), mögen ſie principaliter, oder nur incidenter, alſo in Verbindung mit einer civilen Hauptſache Anlaß zu einem gerichtlichen Verfahren geben[507]). Zu dieſen negotia ecclesiastica oder causae ecclesiasticae gehören aber

1) Causae mere, pure, intrinsece spirituales, welche ſich auf den Glauben, die Religion, die Sacramente, den Gottesdienſt beziehen. Meiſtens ſind dieſelben aber gar nicht geeignet, auf dem Wege des Prozeſſes entſchieden zu werden. Anders aber iſt es bei der Ehe, welche unter den Geſichtspunkt einer causa mere spiritualis jedoch nur in der rein ſacramentaliſchen Rückſicht fällt, welche bei den Ehehinderniſſen und der Trennung beſtimmt hervortritt[508]).

2) Causae ex pure spiritualibus dependentes, causae extrinsece spirituales. Dahin kann man beſonders die Sacramentalien rechnen, wie Gelübde (ſ. den Art.), Eid[509]), Begräbniß[510]), ferner Verlöbniſſe[511]), die mit dem Clerikate verbundenen Privilegien[512]), ſo wie die Beneficien und damit verbundenen Rechtsverhältniſſe, namentlich das Patronatrecht (causa.. ita coniuncta et connexa spiritualibus causis, quod non nisi ecclesiastico iudicio valeat definiri)[513]), Zehnten, kirchliche Einkünfte anderer Art, geiſtliche Inſtitute, Teſtamentsſachen[514]). Dieſe Gegenſtände fallen großentheils

505) S. c. 5. X. de foro comp. (2. 2.) (Alexander III.) c. 4. de immunitate ecclesiarum in VIto. (3. 23.) (Bonifac. VIII.), wo causae etc. de iure et de consuetudine antiqua zum forum ecclesiasticum gehörig ganz gleichgeſtellt werden.

506) C. 11. dist. XCVI. (Joh. VIII.?) c. 8. 9. X. de arbitris. (1. 43.) c. 2. X. de iudiciis. (2. 1.) Vgl. c. 3. X. de consuetud. (1. 4.)

507) C. 3. X. de ordine cognitionum. (2. 10.) c. 5. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.)

508) C. 1. X. de consanguinitate et affinit. in fin. (14. 4.) (Alexander III.) Vgl. c. 12. X. de excessibus praelatorum. (5. 31.) (Innoc. III. in Conc. gen. a. 1216.) Vgl. Benedict XIV., de synodo dioecesana lib. IX. cap. IX. §. III. S. den Art. Ehe Bd. III, S. 532.

509) C. 13. X. de iudiciis. (2. 1.) (Innoc. III. a. 1204.) c. 3. de foro competenti in VIto. (2. 2.) (Bonifac. VIII.) c. 2. de iureiurando in VIto. (2. 11.) (Idem.) S. Benedict XIV. l. c. §. VIII.

510) C. 12. X. de sepulturis. (3. 28.) (Innoc. III.) c. 14. eod. (Gregor IX.)

511) S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 140, Anm. 30.

512) C. 12. de sent. excomm. in VIto. (5. 11.) (Bonifacius VIII.)... de re ecclesiastica et spirituali.. cognitio.

513) C. 3. X. de iudiciis. (2. 1.) (Alexander III.)

514) C. 3. 6. 17. X. de testamentis. (3. 26.) G. L. Böhmer, diss. de originibus iurisdictionis ecclesiasticae in causis testamentariis. Gotting. 1760. 4. und in den observationes iuris can. nr. IV. p. 106 sq. Klinkhardt, das Recht der Hildesheim. katholiſchen Geiſtlichkeit, ohne Feierlichkeit letztwillig zu verfügen. Hildesheim 1838. 8.

ſchon an ſich oder in beſonderen weiteren Beziehungen unter den Begriff der causae mixtae in dem Sinne, daß Temporalien von Spiritualien abhängig ſind. Dahin kann man insbeſondere das ganze Eigenthumsrecht der Kirche zählen. Beſtimmter aber darf man abſondern:

3) Causae civiles, ecclesiasticis accessoriae. Hierher gehören die Vermögensrechte der Ehegatten[515]) und andere Incidentpunkte bei Eheſachen[516]), alle Angelegenheiten, die nach dem Principe der denunciatio evangelica, d. h. inſofern ein ſündhaftes Moment vorhanden iſt, dem geiſtlichen Richter zugewieſen werden[517]), wie bei der Klage einer Geſchwächten auf Vollziehung der Ehe[518]), bei der Erſchwerung oder Verweigerung der Juſtiz[519]), die Spolienklage[520]) u. a.

In ſubjectiver Beziehung gewährte ſchon das römiſche Recht der Weltgeiſtlichkeit[521]) und den Regularen, ſowohl Mönchen als Nonnen[522]), das privilegium fori ecclesiastici. Die Kirche dehnte dieß bald auf Arme und personae miserabiles[523]), insbeſondere Wittwen und Waiſen aus[524]) und wies auch die Büßenden an, ihre Angelegenheiten weltlicher Art lieber dem geiſtlichen Gerichte zu übergeben[525]). Die fränkiſche Geſetzgebung beſtätigte dieß[526]), und die Decretalen hielten daran feſt[527]). Auch auf blos Tonſurirte wurde dieß bezogen, auf die Familie der Geiſtlichen, die verſchiedenen kirchlichen Corporationen und Inſtitute, namentlich auf die Univerſitäten und Scholaren[528]). Den letzteren wurde aber die Wahl gelaſſen zwiſchen dem eigenen und dem kirchlichen Forum[529]). Sonſt aber ſind die Geiſtlichen nicht befugt, auf das privilegium fori, welches nicht ein Vorrecht der Einzelnen, ſondern des geiſtlichen Standes ſelbſt iſt, zu verzichten, dürfen alſo nicht prorogiren[530]), wogegen umge-

---

515) S. Benedict XIV. l. c. §. IV. Vgl. c. 3. X. de donat. inter V. et U. (4. 20.)

516) S. z. B. c. 1. 5. 7. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.)

517) C. 13. X. de iudiciis. (2. 1.) S. Note 509 und oben.

518) C. 12. de adulteriis et stupro. (5. 16.)

519) C. 6. 10. X. de foro compet. (2. 2.) S. Note 501.

520) C. 3. 4. Cau. III. qu. I. c. 15. X. de foro comp. (2. 2.)

521) Nov. LXXXIII. CXXIII. cap. 8. 21—23.

522) Nov. LXXIX.

523) C. 10. Cau. XXIII. qu. III. (Conc. Carthag. V. a. 401.)

524) Conc. Matiscon. II. a. 585. c. 12. (ed. Bruns T. II. p. 253.)

525) C. 34. Cau. XI. qu. I. (Leo I. a. 434.)

526) Capit. Mantuan. a. 781. c. 1. (Pertz, Mon. Germ. T. III. fol. 40.) Capit. Francoford. a. 794. c. 40. (eod. fol. 74.)

527) C. 17. X. de iudiciis. (2. 1.) c. 1. 2. 9. X. de foro comp. (2. 2.) — c. 11. 15. X. de foro comp. (2. 2.) c. 26. X. de V. S. (5. 40.) Vgl. c. 38. X. de off. iud. deleg. (1. 29.)

528) C. 9. X. de foro comp. (2. 2.) c. 7. X. de procuratoribus. (1. 38.)

529) S. Auth. Habita Friedr. I. C. ne filius pro patre. (4. 13.) (a. 1158.) Vgl. v. Savigny, Geſch. des röm. Rechtes im Mittelalter Bd. III, S. 152 flg. (ed. II. p. 168 sq.)

530) C. 12. 18. X. de foro compet. (2. 2.) (Innoc. III.) Selbſt bei der Prorogation auf einen anderen geiſtlichen Richter iſt der Conſens des Biſchofs nöthig. c. 18. X. cit.

kehrt den Laien die Prorogation auf das geiſtliche Forum verſtattet wird, zumal, wenn ſie von Geiſtlichen, die als Kläger das Forum des Laien wählen müſſen, belangt werden[531]). Auch wird die entgegenſtehende Gewohnheit anerkannt, die ſich namentlich in einzelnen Statuten der Städte vorfand, gebilligt[532]). So beſtimmten die Statuten von Göttingen[533]): Welk man, de sek vor eynen papen hilt und en pape is, de mach umme syne schuld, de me ome sulven schuldich is, unse borgere und unse medeborgere laden vor gheistlik gherichte, wogegen andere dieß nur beſchränkt zulaſſen, wie das Lübiſche Recht[534]): So welk unser borghere den andern unsen borgheren vorclaghet vor gestliken rechte umme so dane schult, also to wereltliken rechte to hort unde bringhet he ene an schaden unde wert he dar umme vor rechte beclaghet unde wert he des vortughet, he schal dar umme beteren IIII. pund une schal dar to ene ut den schaden nemen. Zu dieſen weltlichen Sachen, in denen das weltliche Gericht eintrat, gehörten aber insbeſondere Lehnſachen, was die Kirche ſelbſt anerkennt[535]). Für dingliche Klagen trat nach der fränkiſchen Geſetzgebung ein gemiſchtes Gericht ein[536]), ſpäter nahm die Kirche nach ihrem Principe die Cognition bei denſelben für ſich allein in Anſpruch, was jedoch practiſch nicht durchgeführt werden konnte. Die bürgerlichen Richter urtheilten daher oft in foro rei sitae[537]), desgleichen bei der Reconvention[538]), in Fällen, bei denen es zur Litispendenz gekommen, wie überhaupt in ſchwebenden Rechtsſtreitigkeiten, welche von Geiſtlichen als Succeſſoren übernommen wurden[539]). Ebenſo in Handelsſachen, wenn Geiſtliche als Kaufleute erſchienen[540]) u. a.

Den höchſten Gipfel hatte die kirchliche Civiljurisdiction im funfzehnten Jahrhunderte erreicht. Dieß ergeben die Verzeichniſſe der Synoden dieſer Zeit, wie das des Concils zu Coſtnitz[541]), das der Synode zu Würzburg von 1446, mit welchem das von Bamberg 1491 und Re-

---

531) C. 5. X. de foro comp. (2. 2.) (Alexander III. a. 1180.)

532) C. 5. X. cit.

533) Puffendorf, observat. iur. T. III. App. p. 194.

534) Das Lübiſche Recht, herausgeg. von Hach, Codex III. art. 365. p. 525. Vgl. Cod. III. art. 175. p. 336. (aus dem 13. Jahrh.)

535) C. 5. X. de iudiciis. (2. 1.) c. 6. 7. X. de foro compet. (2. 2.)

536) S. Cap. Caroli M. a. 803. c. 12. (Pertz, Mon. Germ. T. III. fol. 110.)

537) S. Zöpfl, das alte Bamberger Recht (Heidelberg 1839. 8.), S. 100. Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 147, Anm. 12.

538) S. c. 1. X. de mutuis petitionibus. (2. 4.)

539) S. c. 2. ut lite pendente nihil innovetur in VIto. (2. 8.) (Bonifacius VIII.)

540) S. z. B. Beaumansir coutumes de Beauvoisis par Thaumassiére chap. XI. (v. J. 1283): Si clerc est marcheans, il ne peut pas franchir sa marchandise par le privilege de clergie.

541) S. Acta Conc. Constant. ed. Herm. ab Hardt. Tom. I. p. 686.

gensburg 1512 übereinſtimmen[542]), desgleichen das von Cöln 1550[543]), von Coſtnitz 1567 und 1609[544]). Das letztere iſt beſonders vollſtändig und gibt zugleich die einzelnen Objecte nach einem beſtimmten Principe an, weßhalb es hier mitgetheilt zu werden verdient. Es werden hier nämlich aufgeführt 1) Causae purae spirituales, quae circa fidem Christianam, circa sacramenta et eorum administrationem, circa ecclesias et caeremonias ecclesiasticas versantur — causa haeresis, blasphemiae, matrimoniales et his similes. 2) Ex spiritualibus dependentes, quae ex matrimonio contrahendo vel contracto dependent et emergunt: ut sunt causae divortii, saevitiae, deflorationis, ascriptionis prolis, taxae dotis, legitimationis... Item violationis et spoliationis templorum aliorumque locorum sacrorum etc. 3) Causae mixtae, quae scilicet temporale aliquid spirituali annexum habent, beneficiales, iuris patronatus, fundationum, decimarum, omnium quoque iurium, servitutum, reddituum et proventuum quorumcunque ecclesiasticorum, episcopalium, archidiaconalium, decanalium et parochialium ecclesiarum, monasteriorum, sacellorum, fabricarum, xenodochiorum, leprosiorum et aliorum piorum locorum. Item causae testamentorum et legatorum ad pias causas. His annumerantur causae ratione personarum... reales, personales, civiles, criminales, etiam si eorum hereditates et bona derelicta concernunt. Item causae iniuriarum, quibus personae ecclesiasticae a laicis afficiuntur. Causae viduarum et miserabilium personarum atque eorum, quibus iustitiae administratio ab aliis denegata fuit: et tandem etiam eorum laicorum, qui in obligationibus suis foro suo seculari legitime renunciaverunt.. et aliae similes causae. Gegen die weltlichen Richter, welche in dieſen Sachen eine Entſcheidung übernehmen wollten, drohte das Geſetz Excommunication und andere Nachtheile. Dennoch wurde häufig genug dieſer Drohung ungeachtet von den bürgerlichen Gerichten bei vielen dieſer Sachen die Entſcheidung übernommen, und ſeit der Reformation dieſer bedeutende Umfang der Jurisdiction beſchränkt.

A. Die katholiſche Kirche.

I. Gegenſtände der kirchlichen Cognition.

In einzelnen Ländern wurde ſchon früh principmäßig darauf hin gearbeitet, die Gerichtsbarkeit des Staates in dem durch die Natur der Juſtizſachen gebotenen Kreiſe zur Anwendung zu bringen. Namentlich geſchah dieß in Frankreich bereits im vierzehnten Jahrhunderte in dem Streite Philipp's des Schönen mit Bonifaz VIII.[545]). Feſter geſtaltete

542) Bei Hartzheim, Concilia Germaniae Tom. V. fol. 325. 603. Tom. VI. fol. 85.

543) Hartzheim l. c. Tom. VI. fol. 770. Vgl. Conc. Colon. a. 1662. (l. c. Tom. IX. fol. 1016.)

544) Hartzheim l. c. Tom. VII. fol. 579. 580. Tom. VIII. fol. 930.

545) S. die Actio Petri de Cugneriis, consiliarii regis et Petri Bertrandi, episcopi Aeduensis coram Philippo Rege etc. v. 1329 (Auszüge in Gieſeler's Lehrbuch der Kirchengeſch. Bd. II, Abth. III, §. 106, Anm. f, g, S. 160 flg.) Vgl. Abth. IV, §. 137, Note b,

ſich das Verhältniß ſeit dem ſechszehnten Jahrhunderte und der Kirche verblieben außer den Spiritualien nur die höchſtperſönlichen Handlungen der Geiſtlichen (actions qui touchaient immediatement sa personne), wogegen die Realklagen und die gemiſchten Acte, d. i. die rein perſönlichen, welche eine Beziehung auf Eigenthum und Temporalien haben, der weltlichen Cognition zufielen. In Teutſchland folgte man im Ganzen dieſem Vorgange. Während in den geiſtlichen Staaten der Kirche immer größere Macht verblieb, wurde in den unter Laienfürſten ſtehenden Territorien die Grenze ſtrenger feſtgehalten[546]); dennoch fehlte es auch hier nicht an wiederholten Klagen und Competenzconflicten. In den hundert Beſchwerden der teutſchen Nation vom Jahre 1522 finden ſich mehrere darauf bezügliche Anträge, welche durch die Reichsgeſetzgebung nach und nach zur Vollziehung kamen[547]). Die römiſche Curie konnte nicht umhin, dabei ſelbſt theilweiſe nachzugeben[548]). Der gegenwärtige Rechtszuſtand beruht aber insbeſondere auf den Maßregeln, welche ſeit der Mitte des vorigen Jahrhunderts zunächſt in Preußen[549]) und Oeſterreich[550]), dann auch in den anderen Ländern ergriffen wurden.

Preußen war, mit Ausnahme der weſtphäliſchen Gebiete, bis zur Eroberung Schleſiens ein faſt rein evangeliſcher Staat. Die Ausübung der geiſtlichen Jurisdiction über die in der Monarchie befindlichen Katholiken erfolgte daher in externis ſchlechthin durch die weltlichen Behörden. Anders mußte es natürlich werden, ſeit eine große Anzahl katholiſcher Unterthanen gewonnen ward. Ueberall wurde die Jurisdiction der geiſtlichen Gerichte in beſtimmten Grenzen nun anerkannt, ſo weit dieſe mit der Landeshoheit vereinbar ſchienen, verſchieden jedoch in den einzelnen Provinzen. In Schleſien ſelbſt wurde durch das Notificationspatent vom 15. Januar 1742, das Reglement vom 7. Aug. 1750, in Verb. mit dem Reſcr. v. 4. Nov. 1747 und 2. Mai 1759 die Jurisdiction in spiritualibus (d. i. Ehe und Verlöbniſſe, wenn beide Theile katholiſcher Religion ſind) und quoad temporalia in den perſönlichen Prozeſſen, Concurſen, Liquidationsſachen, Injurien, Nachlaßregulirungen den katholiſchen Geiſtlichen, welche officia curata beſitzen, zugeſtanden. Dagegen gebührt in Oſt- und Weſtpreußen nach dem Notificationspatente vom 28. Sept. 1772, der Regierungsinſtruction vom

---

546) Beiſpiele bei Gieſeler a. a. O. Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte Bd. III, §. 467.

547) S. Kammergerichtsordn. v. 1555, Th. II, Tit. XXIV, vgl. mit Concept von 1613, Tit. XXVI. Jüngſter Reichsabſch. v. 1654, §. 164. Wahlcapitulation Art. XIV, §. 4, 5 u. a.

548) M. vgl. Benedict XIV., de synodo dioec. lib. IX. cap. IX.

549) S. in Hinſchius, juriſt. Wochenſchrift für die preuß. Staaten 1835: Löwenberg, Ueberſicht der Verfaſſung der katholiſchen geiſtlichen Gerichtsbarkeit in den verſchiedenen Landestheilen der preuß. Monarchie: für Poſen Nr. 17—19, Oſtpreußen Nr. 25, 26, Weſtpreußen Nr. 31, 32, Schleſien und Glatz Nr. 41, 42, Erfurt Nr. 49, 50. Ueber alle dieſe, zugleich auch für Sachſen überhaupt, Pommern, Rheinprovinzen, Weſtphalen, ſ. m. noch Starke, Darſtellung der Gerichtsverfaſſung in Preußen (Berlin 1839. 8.), §. 140 flg.

550) Rechberger, Handbuch des öſterreich. Kirchenrechtes Bd. II, §. 30.

21. Sept. 1773, dem Juſtizreglement vom 3. Dec. 1781 u. a., nur die Cognition in Eheſachen und in Fällen, bei denen Gefahr im Verzuge iſt, beim Tode katholiſcher Geiſtlichen die Anlegung von Siegeln (Obſignation). Daſſelbe gilt für Gneſen-Poſen, nach der wichtigen Conſtitution vom 25. Auguſt 1796. In den übrigen Provinzen iſt die Kirche auf die Spiritualien beſchränkt; dagegen hat das geiſtliche Gericht zu Erfurt gemäß älteren Herkommens und der kurmainziſchen Verordn. vom 21. Februar 1733 außer den Disciplinar-, Sponſalien- und Eheſachen zwiſchen Katholiken, die Gerichtsbarkeit in Streitſachen über die geiſtlichen Perſonen, Corporationen und geiſtlichen Güter, ſo wie die freiwillige Jurisdiction hinſichtlich geiſtlicher und weltlicher Perſonen. — Das allg. preuß. Landrecht wird hierbei offenbar durch dieſe provinciellen Beſtimmungen ergänzt[551]).

In Oeſterreich haben die kirchlichen Civilgerichte nur über diejenigen Gegenſtände, die zur weſentlichen kirchlichen Gerichtsbarkeit gehören, das iſt, wo es darauf ankommt, in Sachen des Glaubens, der heil. Sacramente und der Kirchenzucht, ſo weit ſie auf den Staat keine Beziehung haben, Recht zu ſprechen. Rückſichtlich der Eheſachen gehört die Klage auf Annullirung und Separation vor die weltlichen Gerichte.

In ähnlicher Weiſe ſind die Verhältniſſe auch in anderen teutſchen Ländern geſtaltet. Die rein bürgerlichen Sachen der Geiſtlichen ſind ſelbſt mit Zugeſtändniß des römiſchen Stuhles an die weltlichen Gerichte übergegangen[552]). Dieß iſt durch die neueren Verfaſſungsgeſetze der Bundesſtaaten und ſonſt anerkannt[553]). Die Anſprüche der katholiſchen Kirche auf innere Freiheit ſind dadurch auch genügend anerkannt, da in ihrer Adminiſtration, welche bei den Spiritualien die Regel bildet, keine Hemmungen beſtehen, die äußere Jurisdiction aber, inſoweit ſie nicht beim Eheſacramente zur Anwendung kommt, Sache des Staates iſt[554]).

In Betreff des privilegirten perſönlichen Gerichtsſtandes ſind inſofern von der katholiſchen Kirche ſelbſt Beſchränkungen erfolgt, als nur diejenigen, welche ein kirchliches Beneficium haben oder ſonſt in einem näheren Verhältniſſe zur Kirche ſtehen, Anſpruch auf die Vorrechte des geiſtlichen Standes haben ſollen[555]). Regelmäßig haben dieſelben jetzt ein eximirtes bürgerliches Forum[556]), welches auch auf die Hausgenoſſen ausgedehnt zu werden pflegt[557]).

---

551) S. Laſpeyres, Geſch. und heut. Verfaſſung der kath. Kirche Preußens Bd. I, S. 521, 522.

552) Bayer'ſches Concordat von 1817 art. XII. c. (Ebenſo in dem Concordate mit Neapel von 1818, Art. XX.)

553) Longner a. a. O. S. 389, 408 flg.

554) Vgl. die nähere Ausführung bei Eichhorn, Kirchenrecht Bd. II, S. 151 flg.

555) Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 6. de ref.

556) S. z. B. preuß. allg. Gerichtsordn. Th. I, Tit. 2, §. 45—47. Doch gibt es auch theilweiſe Beſchränkungen, wie in Bayern, wo nach einem Miniſterialreſcr. v. 17. Mai 1839 Geiſtliche vor die Ortsvorſteher, als Vermittelungsbeamte, vorgeladen werden dürfen.

557) Vgl. Gonzalez Tellez zum c. 10. X. de officio archidiaconi (1. 23.) nr. 3 sq. S. allg. Gerichtsordn. Th. I, Tit. 2, §. 100—102.

II. *Ausübung der kirchlichen Gerichtsbarkeit*[558]).

Urſprünglich gebührte jedem Biſchofe in ſeiner Diöceſe die geſammte Kirchenregierung, welche pflichtmäßig unter Zuziehung des Presbyterii in ſchwierigeren Fällen verwaltet werden mußte. Insbeſondere gehörte dazu auch die Gerichtsbarkeit, die der Biſchof ordentlicher Weiſe ſelbſt oder durch Stellvertreter ausübte. Der Biſchof war hiernach der ordinarius, dioecesanus, und ſeine Jurisdiction eine ordinaria, demſelben eigenthümlich zugehörige, propria. Durch die Entwickelung des römiſchen Primates und Suppremates wurde die Stellung der Biſchöfe eine abhängige, ihr Diöceſanrecht hörte auf ein urſprüngliches zu ſein und der Pabſt wurde ordinarius der ganzen katholiſchen Kirche, die Biſchöfe beſaßen nur ein delegirtes Recht. Nach dieſer Auffaſſung des Curialſyſtems iſt allein die Jurisdiction des Pabſtes eine ordinaria. In der Praxis geſtaltete ſich dieß Verhältniß aber ſo, daß nur für wichtigere Sachen die ordentliche Gerichtsbarkeit vom apoſtoliſchen Stuhle wirklich beanſprucht wurde, für minder bedeutſame Angelegenheiten aber die iurisdictio ordinaria und propria der Biſchöfe anerkannt blieb. Hiernach wurden die Biſchöfe päbſtliche Vicare und Delegaten bei der Verwaltung derjenigen Fälle, welche ſich der Pabſt reſervirt hatte. So wie der Pabſt, vermochten auch die Biſchöfe nicht alle ihnen obliegenden Jurisdictionsrechte perſönlich wahrzunehmen und beauftragten daher Glieder ihres Presbyterii oder auch andere Geiſtliche mit der Verwaltung derſelben. Die Grundſätze des römiſchen Rechtes über die mandirte und delegirte Gerichtsbarkeit[559]) wurden hierbei befolgt und nach den eigenthümlich kirchlichen Verhältniſſen ſyſtematiſch entwickelt.

Jurisdictio ordinaria iſt die vermöge eines Amtes nomine proprio, kraft eigenen Rechtes geübte Gerichtsbarkeit. Im Beſitze derſelben befindet ſich der Pabſt, der Diöceſanbiſchof und der Prälat, welcher von der biſchöflichen Gewalt befreit und zugleich mit einer ordentlichen Jurisdiction begabt wird[560]), oder auch, ohne exemt zu ſein, durch einen beſonderen Titel zum Beſitze einer iurisdictio ordinaria gelangt iſt[561]). Den Gegenſatz der iurisdictio ordinaria bildet die *extraordinaria* oder *delegata* (s. lato), übertragen, und zwar *delegata im eigentlichen Sinne*, wenn ſie in eigenem Namen vom Inhaber geübt wird, weßhalb ſie zugleich iurisdictio propria iſt, und *vicaria, mandata*, wenn ſie nur nomine des Delegirenden geübt wird. Daraus ergibt ſich, daß der delegatus ſelbſtſtändig eine Stelle in

---

558) S. Tit. de officio et potestate iudicis delegati. X. I. 29. in VIto. I. 14. Clem. I. 8. Vgl. *Frey*, krit. Commentar über das Kirchenrecht, fortgeſetzt von *Scheill*, Th. V, Abth. I, §. 11, S. 165 flg. *Eichhorn*, Grundſätze des Kirchenrechtes Bd. I, S. 547 flg., 633 flg., Bd. II, S. 169 flg. *Linde*, Lehrbuch des Civilprozeſſes §. 68—70.

559) S. *Thibaut*, Syſtem der Pandekten §. 1061 flg. *Bethmann-Hollweg* a. a. O. S. 46 flg.

560) S. den Art. *Biſthum* Bd. II, S. 235, 236.

561) So die Archidiaconen. S. den Art. Bd. I, S. 429.

der Verwaltung der Gerichtsbarkeit einnimmt und eine eigene Inſtanz bildet, während der Mandatar nur Repräſentant des Mandars iſt.

Die Uebertragung der Gerichtsbarkeit erfolgt bald vermöge einer geſetzlichen Vorſchrift (delegatus a iure), bald vermöge ſpecieller Ueberweiſung durch den ordinarius (deleg. ab homine). Jenes iſt der Fall beim Verhältniſſe des Pabſtes zu den Biſchöfen, welche über die von ihrer Diöceſangewalt Eximirten als päbſtliche Delegaten zu entſcheiden haben[562]), und ſonſt nach beſonderem Herkommen, Privilegium u. ſ. w., dieſes geſchieht, ſo oft es die Umſtände erheiſchen, aus eigener Bewegung des Richters oder auf Antrag der Parteien. Das Recht zu delegiren hat jeder ordinarius. Daher beſtellten auch die Archidiaconen, ſo lange ſie im Beſitze einer ordentlichen Jurisdiction waren, häufig Vicare. Delegirt werden kann aber jeder, welcher fähig iſt, kirchliche Jurisdiction zu üben, daher auch Laien, inſofern es der Gegenſtand nicht verhinderte, alſo nicht bei Spiritualien, wohl aber bei gemiſchten oder Civilſachen[563]), und bei Spiritualien die Inſtruction der Sache, was particularrechtlich oft dadurch ſelbſt nothwendig wird, als nur durch einen geprüften Juriſten (Juſtitiarius) ſolche Inſtructionen erfolgen dürfen[564]). Ob auch die Entſcheidung der geiſtlichen Sache ſelbſt von einem anderen, als dem Pabſte, der hierbei überhaupt ungebunden iſt, einem Laien übertragen werden könne, iſt beſtritten[565]). Das erforderliche Alter iſt das zwanzigſte Jahr, doch dürfen unter Beiſtimmung der Parteien auch achtzehnjährige Richter delegirt werden[566]). Die Behauptung, daß auch Frauen delegirt werden dürfen, beruht auf einem Irrthume[567]). Im allgemeinen dringen aber die Kirchengeſetze darauf, daß nur Cleriker delegirt werden[568]), und der Pabſt beſtellt regelmäßig nur Dignitarien oder Capitularen[569]). Der Auftrag des Delegirenden erfolgt in der Regel durch ein ſchriftliches Commiſſorium (rescriptum commissorium, literae commissionis, forma mandati), mit welchem ſich der Delegat vor den Parteien und den Umſtänden nach vor dem ſonſt competenten Richter rechtfertigen muß[570]). Da-

---

562) S. den Art. Biſsthum a. a. O. S. 236, 237.

563) S. oben Note 506. — Vgl. Gloſſe zu c. 2. X. de iudiciis. (2. 1.): Ut laici ecclesiastica negotia tractare non praesumant — auctoritate sua; delegari tamen possunt saltem causae pecuniariae sive huiusmodi mere civiles, ut hic colligitur, et in laicos de talibus etiam potest compromitti.

564) Vgl. die Inſtruction vom 28. Januar 1804 (Jacobſon, Geſch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bd. I, Th. I, Anhang Nr. CXVIII, S. 326).

565) S. Eichhorn a. a. O. Bd. II, S. 173, 174.

566) C. 41. X. de off. iud. deleg. (1. 29.)

567) Scheill a. a. O. S. 173, Anm. ***. S. die Bemerkung der Correctores Romani zu c. 7. Cau. II. qu. V.

568) S. z. B. Synod. Salisburg. a. 1569. Const. 39. cap. 4. (Hartzheim, Conc. Germ. Tom. VII. fol. 339.)

569) C. 11. de rescriptis in VIto. (1. 3.) (Bonifacius VIII.) Darauf bezieht ſich das Note 596 cit. Conc. Trid.

570) C. 22. X. de rescriptis. (1. 3.) c. 31. 32. X. h. t. (1. 29.) C. 8. 15. in Vto. eod. (1. 14.)

durch werden zugleich die Grenzen ſeiner Thätigkeit beſtimmt. Er iſt darnach bald auditor (testium), bald cognitor, executor, übernimmt das principium (Citation, allenfalls Litiscontestation), medium (Inſtruction bis zum Actenſchluſſe), finis causae (Urtheil)[571]. Das Commiſſorium iſt ſtrict zu interpretiren; doch ſchließt dieß nicht die Anwendung der ſtillſchweigenden Vorausſetzungen aus[572]. Sonſt zieht die Ueberſchreitung des Auftrages Nullität des Verfahrens nach ſich[573]. Stillſchweigend iſt auch die perſönliche Vollziehung vorausgeſetzt. Das Recht zu ſubdelegiren haben nur die Delegaten des Pabſtes (ſo wie die des Kaiſers und der Landesherren)[574], andere bedürfen dazu einer ſpeciellen Vollmacht. Jeder Delegat iſt befugt, ſich des Beiſtandes rechtsgelehrter Beiſitzer zu bedienen, und inſofern dieß Bedürfniß iſt, müſſen die Parteien auch für die Koſten aufkommen[575]. Häufig wird dem aber ſchon durch die Beſtellung mehrerer Delegaten entſprochen. Sind mehrere simpliciter coniunctim, ohne genauere Beſtimmung delegirt, ſo können ſie nur gemeinſchaftlich handeln[576]; doch kann einer dem anderen oder ſelbſt den Umſtänden nach einem Dritten ſeine Mitwirkung überlaſſen[577]. Iſt die Delegation auf Jeden in solidum erfolgt, ſo hängt es von den angewendeten Formeln (Klauſeln) ab, wie zu verfahren ſei. Heißt es im Commiſſorium: Ut omnes, aut duo vel unus exequantur[578], ſammt und ſonders, ſo handelt der Prävenirende. Heißt es dagegen: Quod si non omnes poteritis, non omnes interesse nequiverint, duo vel unus procedat[579], ſammt oder ſonders, ſo vollziehen die nicht verhinderten den Auftrag, während die verhinderten den Grund der unterbleibenden Mitwirkung zu beſcheinigen haben. Stirbt einer von mehreren, welche coniunctim beauftragt waren, ſo erliſcht der Auftrag auch für die anderen, wenn nicht bereits ſubdelegirt war[580]. Sonſt nimmt überhaupt die Delegation ein Ende a) beim Tode des Delegirenden, wenn in der Sache noch nichts geſchehen iſt (re integra)[581], b) beim Tode des Delegatus, wenn nicht die Sache vermöge des Amtes übertragen war, in welchem Falle ſie auf den Succeſſor übergeht[582], c) durch Widerruf jederzeit, außer bei der Subdelegation rechtzeitig, d. h. ſo lange die Sache noch res integra iſt[583], d) nach Ablauf der Zeit, wenn der feſtgeſetzte

---

571) C. 7. 26—28. X. h. t. (1. 29.) c. 1. 15. eod. in VIto. (1. 14.) S. Gonzalez Tellez und c. 1. X. h. t. nr. 12 sq.

572) C. 31. 32. X. h. t. not. c. 21. §. 2. in fin. eod.

573) C. 22. X. de rescriptis. (1. 3.)

574) C. 3. 18. 28. 43. X. h. t. c. 62. X. de appellationibus. (2. 28.)

575) C. 11. §. 5. de rescriptis in VIto. (1. 3.)

576) C. 16. X. h. t.

577) C. 6. 42. X. h. t.

578) C. 8. h. t. in VIto.

579) C. 21—23. 27. §. 4. 34. X. h. t.

580) C. 42. X. h. t. Vgl. c. 30. eod.

581) C. 19. 20. 30. X. h. t.

582) C. 14. 42. X. h. t.

583) C. 6. 7. h. t. in VIto.

Termin von den Parteien nicht verlängert wurde[584]), e) mit Erfüllung des Auftrages ſelbſt, insbeſondere wenn die Angelegenheit bis zur Execution geführt iſt. Die Execution ſelbſt, inſofern ſie nicht ſpeciell übertragen war, geht dann zur Verfügung des Delegans. Den päbſtlichen Delegaten iſt aber für die Vollſtreckung immer noch ein ganzes Jahr bewilligt[585]).

Da der Delegat eine iurisdictio propria hat, ſo geht die Appellation von ihm auf den Delegans[586]). Von Subdelegaten geht dagegen die Berufung gleich an den erſten Delegirenden und nur, wenn blos einzelne Aufträge ertheilt, nicht die ganze Sache übertragen war, an den unmittelbaren Delegans, zur Verhütung widerrechtlicher Vervielfachung der Inſtanzen[587]).

III. Das Verfahren.

Die Einrichtung der geiſtlichen Gerichte iſt in den einzelnen Diöceſen verſchieden, wovon der Grund in der particularen Entwickelung ſelbſt liegt. Die episcopalis audientia und ſpäter die wirkliche Civilgerichtsbarkeit gebührte zunächſt den Biſchöfen, ſo wie den Delegaten derſelben. Zu dieſen gehörten auch die Archidiaconen, welche aber bald in den Beſitz einer iurisdictio ordinaria und propria kamen[588]), worauf ſie wie die Biſchöfe ſelbſt auch Vicare beſtellten (officiales foranei)[589]). Die biſchöflichen foranei verdrängten meiſtens die Archidiaconen ſelbſt. Von den Archidiaconen ging die Appellation an die biſchöflichen officiales principales, aus denen Officialate und Generalvicariate entſtanden, welche nach der ſpäteren Einrichtung für die wichtigeren Sachen die erſte Inſtanz bildeten. So wurde überhaupt das biſchöfliche Gericht die erſte Inſtanz, was das Tridentiniſche Concil als allgemeinen Grundſatz aufſtellt (ſ. oben Note 312). Früher wurden Civilſtreitigkeiten auch oft vor den biſchöflichen Synoden und den Sendgerichten verhandelt[590]).

Da das Officialat oder Generalvicariat nur die biſchöfliche Jurisdiction verwaltet, ſo geht die Appellation an die dem Biſchofe ſelbſt vorgeſetzte Behörde, alſo an das Metropolitangericht, und die dritte Inſtanz an den Pabſt[591]). Von dieſer Ordnung wurde aber während des Mittelalters häufig abgewichen, indem dem römiſchen Stuhle eine allgemeine concurrirende Jurisdiction beigelegt ward[592]), auch nach der Analogie des

584) C. 401. X. h. t.

585) C. 9. 26. X. h. t.

586) C. 18. 27. §. 2. X. h. t.

587) C. 18. X. h. t. c. 3. 10. 14. eod. in VIto.

588) Dieß geſchah indeſſen nicht immer und man muß daher wohl die Fälle ſondern. S. Innoc. Cironii, observat. iuris can. lib. II. cap. 8.

589) C. 3. §. 1. de appellat. in VIto. (2. 15.) (Innoc. IV. a. 1245.) Clem. 2. de rescriptis. (1. 2.)

590) S. Beiſpiele in Nieſert, Münſterſches Urkundenbuch. Montag, Geſch. der teutſchen ſtaatsbürgerl. Freiheit Bd. II, S. 413 u. a.

591) C. 52. 66. X. de appellat. (2. 28.) c. 3. de appellat. in VIto. (2. 15.) u. a.

592) C. 1. X. de officio legati. (1. 30.) (Alex. III. a. 1170.) C. 7. X. de appellat. (2. 28.) (Idem.) c. 56. eod. (Innoc. III. a. 1198.) C. 66. eod. (Innoc. III.)

römiſchen Rechtes, nach welchem die Stadt Rom als das gemeinſame Vaterland aller römiſchen Unterthanen ein allgemeines forum domicilii bildete[593]), angenommen, daß bei der römiſchen Kirche, quia omnium est ecclesiarum mater et magistra, alle geiſtlichen Prozeſſe angebracht, doch aus guten Gründen (ex necessaria et iusta causa) vor das ſpecielle Forum gezogen werden dürften[594]). Gegen dergleichen Evocationen wurden aber ſchon frühzeitig Beſchwerden erhoben und römiſcher Seits auch Privilegien ertheilt. Allgemeinere Feſtſetzungen ergingen deßhalb auf den Synoden zu Coſtnitz und Baſel. In dem Coſtnitzer Concordate von 1418 und auf dem Concil zu Baſel[595]) wurde beſtimmt, daß eine Appellation erſt ſtatthaft ſein ſolle, wenn in der erſten Inſtanz definitiv geurtheilt worden, und bei allen Sachen, welche vier Tagereiſen weit von Rom verhandelt würden, päbſtliche Delegaten an Ort und Stelle, iudices in partibus, entſcheiden müßten. Das Tridentiniſche Concil[596]) beſtätigte dieß und traf zugleich die Beſtimmung, daß in jeder Diöceſe auf der Synode wenigſtens vier geeignete Perſonen gewählt werden ſollten, welchen als Delegaten der Pabſt die betreffenden Sachen committiren könne. Für den Fall des Todes eines dieſer Synodalrichter ſollte der Biſchof mit Zuziehung des Capitels einen Subſtituten ernennen, der bis zur nächſten Synode als Delegat benutzt werden könnte. Seit Synoden nicht mehr gehalten wurden, beſtellte der Biſchof dieſe Richter (Proſynodalrichter) unter Conſens des Staates und der römiſchen Curie. Dieſe Einrichtung beſtätigte Benedict XIV. durch die Conſtitution: Quamvis paternae vom 26. Auguſt 1741[597]), und die kaiſerliche Wahlcapitulation[598]), welche zugleich die dreifache hergebrachte Inſtanz anerkannte, ſo daß mit Ausnahme der causae maiores ſtets von teutſchen Richtern geurtheilt werden ſolle[599]). So lange in Teutſchland ſtehende Nuntiaturen vorhanden waren, hatten dieſe in appellatorio mit den Erzbiſchöfen concurrirende Gerichtsbarkeit, welche jedoch ſpäter fortgefallen iſt.

Wegen der Zuläſſigkeit der Appellation ſelbſt ergingen auch nähere Feſtſetzungen. 1) In manchen Sachen iſt dieſelbe nämlich ganz unſtatthaft, 2) in anderen iſt ſie unumgänglich nöthig, 3) in noch anderen entſcheidet der Wille der Parteien. Zur erſten Claſſe gehören alle Rechtsſachen, in Anſehung deren den Biſchöfen ſelbſt als Delegaten des Pabſtes die Execution der Decrete erſter Inſtanz mit der Clauſel aufgetragen wird: appellatione et inhibitione quavis postposita, remota. Hier

---

593) L. 33. D. ad municipalem. (50. 1.) Vgl. L. 28. §. 4. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) Ein Aehnliches galt auch für Conſtantinopel. c. un. C. de privilegiis urbis Constantinopolitanae. (11. 20.)

594) C. ult. X. de foro compet. (2. 2.) (Gregor IX.)

595) Sess. XXXI. decr. de causis et appellat.

596) Sess. XXIV. cap. 20. Sess. XXV. cap. 10. de ref.

597) S. überhaupt Benedict XIV., de synodo dioec. lib. IV. cap. V. de iudicibus synodalibus.

598) Noch die von 1792 Art. XIV, §. 5.

599) S. überhaupt Estor, de appellatione ad curiam Romanam. Jenae 1751. 4.

darf weder der Richter erſter Inſtanz die Appellation verſtatten, noch der der zweiten Inſtanz dieſelbe annehmen[600]). Zur zweiten Claſſe gehören Eheſcheidungsſachen, da bei dieſen zwei gleichförmige Erkenntniſſe gefordert werden [601]). Da öfter in Polen Eheleute ſich unter Androhung gegenſeitiger Strafen verpflichteten, gegen das erſte Urtheil kein Rechtsmittel einzuwenden, wurden dergleichen Verbindungen für nichtig erklärt, und die frühere Vorſchrift erneuert[602]). Alle übrigen Sachen gehören zur dritten Claſſe.

Nach dieſen Beſtimmungen iſt jetzt in ganz Teutſchland die Organiſation des geiſtlichen Gerichtsweſens erfolgt[603]). Die Inſtanz ſelbſt iſt aber eine dreifache. Wegen der Eheſachen hat dieß jedoch Bedenken erregt. Da nämlich zwei gleichförmige Erkenntniſſe nöthig ſind, um eine Ehe zu trennen, ſo hat ſich einerſeits die Obſervanz gebildet, gegen zwei übereinſtimmende Urtheile keine weitere Berufung zu geſtatten, andererſeits aber, wenn mit drei Inſtanzen ein ſtreitiges Verhältniß nicht geregelt werden kann, eine vierte Inſtanz aber öfter verboten iſt[604]), eine Reaſſumtion des Prozeſſes auf den Grund von nova zu gewähren, wobei von der Vorausſetzung ausgegangen wird, daß Erkenntniſſe in Eheſachen nicht unabänderliche Rechtskraft erlangen[605]).

Was die formellen und materiellen Beſtimmungen des Verfahrens der geiſtlichen Gerichte betrifft, ſo handelt es ſich hier vorzüglich um das Verhältniß der canoniſchen Grundſätze zur bürgerlichen Geſetzgebung der einzelnen Territorien[606]). In rein ſpirituellen Sachen tritt das canoniſche Recht als Entſcheidungsnorm unbedingt ein. Inſofern dieſe aber zugleich eine temporelle Bedeutung annehmen, alſo die weltlichen Rechtsverhältniſſe mit berühren, kann die Forderung des Staates, daß hierbei kein Conflict mit ſeiner eigenen Legislation eintrete, nur gebilligt werden, zugleich freilich auch das Beſtreben des Staates nothwendig erſcheinen, die obwaltenden Gegenſätze auszugleichen. Demgemäß iſt z. B. in Preußen beſtimmt worden[607]): Es ſei zu geſtatten, daß die geiſtlichen Gerichte

---

600) Die hierher gehörenden Fälle nennt **Benedict XIV.** in der Conſtitution: Ad militantis ecclesiae regimen, vom 30. März 1742. (Bullar. Rom. ed. Luxemburg T. XVI. fol. 76 sq.)

601) **Benedict XIV.**, Constitutio: Dei miseratione. d. 3. Nov. 1741. (Bullar. l. c. fol. 48 sq.)

602) **Benedict XIV.**, Constit.: Nimiam licentiam et libertatem. d. 18. Mai 1743. (Bullar. l. c. fol. 160 sq.)

603) Nur in den Rheinlanden iſt die Herſtellung der durch die franzöſiſche Regierung aufgehobenen Gerichte noch nicht bewirkt worden. Wegen der übrigen vgl. man die oben Note 549 flg. cit. Literatur.

604) Wie nach dem Reſcripte vom 16. April 1801 an die weſtpreuß. Regierung (ſ. **Jacobſon**, Geſch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bd. I, Th. I, Anhang Nr. CXIII, S. 320.)

605) S. die Note 601 cit. Constit. §. XI.

606) S. **Eichhorn** a. a. O. Bd. II, S. 178 flg. **Laspeyres** a. a. O. S. 817 flg., 829 flg.

607) S. Verf. des Min. v. 17. Juli 1800 auf den Bericht der weſtpreuß. Regierung vom 14. März d. J. bei **Amelang**, neues Archiv Bd. I, S.

in Sachen, die wirklich ihres Reſſorts ſind, das canoniſche Recht anwenden. Thun ſie ſolches aber auf eine Art, welche der Wohlfahrt des Staates und den auf dieſe berechneten Grundſätzen des allgemeinen Landrechtes widerſpricht, ſo kann existente casu durch die weltliche Macht Annullirung ſolcher Sentenzen und Verfügungen der geiſtlichen Gerichte erfolgen. Um den etwaigen Mißverhältniſſen vorzubeugen, kann der Staat zugleich auf die Organiſation und Beſetzung der geiſtlichen Gerichte ſelbſt einwirken und insbeſondere die Zuziehung geprüfter Juſtizbeamten, als Aſſeſſoren u. ſ. w., fordern (ſ. oben).

Das Verfahren ſelbſt beruhte Anfangs auf dem römiſchen Prozeſſe, erfuhr aber ſpäter manche Modificationen. Bis zum dreizehnten Jahrhunderte war es regelmäßig öffentlich und mündlich. In Folge der Anordnungen Innocenz III.[608]) trat die Scriptur überwiegend ein und ging, wie in der Hauptſache das ganze canoniſche Prozeßverfahren, in die weltlichen Gerichte über. Zwar ſind manche Abweichungen, zumal bei einzelnen Inſtituten ſelbſt, eingetreten, im Ganzen ſind aber die Differenzen minder bedeutend; doch pflegen die Landesgeſetzgebungen vorzuſchreiben, daß nach ihren Gerichtsordnungen das prozeſſualiſche Verfahren ſelbſt geleitet werde[609]). Die Execution iſt regelmäßig, ſo weit nicht der Kirche in beſtimmtem Umfange dieſelbe zuſteht, Sache des weltlichen Richters, welcher auch während des Prozeſſes ſelbſt die etwaigen Requiſitionen[610]) des geiſtlichen Gerichtes auszuführen verpflichtet iſt[611]).

B. Die evangeliſche Kirche[612]).

Nach den Grundſätzen der Reformatoren, welche die Kirche auf das Religiöſe beſchränkt wiſſen wollten (ſ. oben Note 386), mußte eigentlich jede Gerichtsbarkeit in ſtreitigen Rechtsſachen dem Staate zufallen. So äußert Luther in Beziehung auf Eheſachen[613]): Die kaiſerlichen Rechte

---

269 flg. Leman, weſtpreuß. Provinz.-Recht Bd. II, S. 432. v. Rabe, Sammlung preuß. Geſetze Bd. VI, S. 185 flg.

608) S. beſ. c. 11. X. de probationibus. (2. 19.) (in Concil. Lateran. a. 1216.)

609) Darüber bemerkt Walter, Lehrbuch des Kirchenrechtes §. 181: Bei den Fortſchritten, welche die Wiſſenſchaft des Prozeſſes beſtändig macht, können die geiſtlichen Gerichte nicht bei der canoniſchen Prozedur ſtehen bleiben, ſondern ſie müſſen ſich darin nach den Geſetzen ihres Landes richten.

610) S. z. B. Reſcr. des preuß. Min. v. 20. Januar und 21. März 1834 (v. Kamptz, Jahrbücher Bd. XLIII, S. 241, Bd. XLV, S. 296, 297).

611) Ueber das Verfahren ſelbſt vgl. man außer den gewöhnlichen Lehrbüchern des gemeinen Civilprozeſſes Scheill a. a. O. Sauter, fundam. iuris eccl. P. VI.

612) S. G. L. Böhmer, obs. de finibus iurisdictionis imperialis quoad in causis ecclesiasticis competit. Gotting. 1754., und in den observationes iuris can. obs. V. p. 154 sq. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 725 flg. und Cit. — Die geiſtlichen Gerichte in Neu-Vorpommern (beſonderer Abdruck aus der evangeliſchen Kirchenzeitung 1841, Nr. 32—34). Berlin 1841. 8., verb. mit Starke, Darſtellung der beſtehenden Gerichtsverfaſſung in dem preuß. Staate §. 112.

613) Luther's Werke Bd. X, S. 956.

haben ſich dem geiſtlichen Rechte unterworfen; darum iſt nun Nichts, daß man ſich mit dem weltlichen Recht wollte halten; weil ſich daſſelbige nun ſelbſt unterthänig hält nach dem geiſtlichen, ſo müſſen wirs auch alſo mit ihm halten. Antwort: Ich weiß es leider, allzumal, daß die Kaiſer ſich mit ihrem Recht wohl in mehr Stücken dem Pabſt und geiſtlichen Recht unterworfen haben; aber wie gern ſie daſſelbige gethan haben, und wie lieb es Gott geweſen iſt, wie fein es auch gerathen, überzeugen uns allzumal das unendliche, gräuliche Blutvergießen.... Weil denn das kaiſerliche Recht ſich der Eheſachen angenommen, als eines weltlichen Handels[614]), und dieſelbigen gefaſſet und geörtert, ſo ſollte mein lieber Pabſt daſſelbige haben fein ſo bleiben laſſen, und nicht in ein fremd Amt gegriffen haben.... Alſo weil dieß Stücke im kaiſerlichen Recht gefaſſet und geordnet iſt, ſollte man ſich darnach halten; wie man gethan hat vor Zeiten, da ſowohl fromme Chriſten waren, als jetzt ſind. Demgemäß wurde auch hier und da die Jurisdiction der bürgerlichen Behörde überwieſen, wie in Kurſachſen, Heſſen u. a.[615]), in den Städten auch oft von den Magiſtraten übernommen[616]). Indeſſen geſchah dieß nicht allgemein und vielfach erhielten ſich auch nach der Reformation geiſtliche Gerichte[617]), oder es wurden wenigſtens Geiſtliche, wenn der Gegenſtand es erforderte, zu Rathe gezogen[618]). Beſonders in Betreff der Eheſachen erklärte ſchon die heſſiſche Kirchenordnung von 1526, Cap. 14: Si qui graves casus matrimoniales inciderint, solo Dei verbo definiantur. Quod si quis episcoporum perplexus in his est, consulat visitatores aut alios, qui ex scripturis sacris de eiusmodi causis iudicare possint, und hierauf äußerte ſich das Bedenken der Theologen von 1538 für die Errichtung höherer Behörden, der Conſiſtorien[619]), ganz gemäß den ſchmalcaldiſchen Artikeln, welche im vorhergehenden Jahre für die Eheſachen ein neues Gericht gefordert hatten[620]). Das Bedenken von 1538 ging aber weiter, indem es auch in Streitſachen, „es belangt des Pfarrer Einkommen oder andere Sachen“, in Kirchenbauſachen, „in Summa die Kirchenſachen und äußerliche Kirchen-Zwang-Disciplin und Ordnung[621])“, die Cognition der Conſiſtorien angewendet wiſſen wollte.

---

614) In ähnlicher Weiſe „die Ehe iſt ein leiblich äußerlich Ding, wie andere weltliche Handthierung.“ Luther's Werke Bd. X, S. 710.

615) S. Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſch. Bd. IV, §. 553, Anm. l, S. 428.

616) So fielen gemäß der Kirchenordnung der Stadt Soeſt in Weſtphalen vom J. 1532 die Eheſachen an den Magiſtrat.

617) So im Herzogthume Preußen, wo die Biſchöfe mit Officialen geiſtliche Jurisdiction behielten (ſ. Jacobſon, Geſch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bd. I, Th. II, S. 47 u. a.).

618) So nach der Note 616 cit. Kirchenordnung. Vgl. auch das Schreiben Melanthon's von 1533 an Spalatin im Corpus Reformatorum ed. Bretschneider T. II. p. 695.

619) Richter, in der Zeitſchrift für teutſches Recht Bd. IV, S. 62 flg.

620) Schmalcald. Artikel: Anhang von der Biſchöfe Gewalt.

621) Richter a. a. O. S. 70, 72, 73.

Nach dieſen und anderen Vorſchlägen wurden nun auch die Conſiſtorien angeordnet, zunächſt als landesherrliche Behörden, dann als „Behörden der Kirche und chriſtlichen Obrigkeit[622])“, und ihr Geſchäftskreis durch beſondere Kirchenordnungen und Inſtructionen näher beſtimmt[623]). Schon während des ſechszehnten Jahrhunderts finden ſich außer den Eheſachen verſchiedene andere, welche zur Conſiſtorialgerichtsbarkeit verwieſen wurden. So in Sachſen „alle Sachen, die der Kirchen, Schulen, Hoſpitalien und gemeiner Kaſtengüter, Lehen, Einkommen, Nutzung, Gebäud und Beſſerung, dazu der Kirchendiener Beſoldung betreffen[624])“, in Brandenburg: Alle Sachen, ſo geiſtlich ſein oder zwiſchen und mit geiſtlichen Perſonen der Religion oder geiſtlichen Beneficien und Gütern halber verfallen und was denſelben anhängig iſt[625]). Aehnlich in Pommern und in anderen Ländern[626]), wogegen aber auch bisweilen die Eheſachen bei den weltlichen Gerichten blieben[627]). Da nach dem Principe der Reformatoren die geiſtliche Jurisdiction der Kirche in Rechtsſtreitigkeiten nur als landesherrliche Verleihung erſcheint, ſo konnte unter Umſtänden auch eine Reduction und Aufhebung, wenn die Umſtände es zu erheiſchen ſchienen, erfolgen. Dieß iſt denn auch ſeit der Mitte des vorigen Jahrhunderts mehrfach geſchehen, wie namentlich in Preußen, wo die in evangeliſchen Angelegenheiten vorkommenden Prozeſſe in einem nicht geringen Umfange früher den Conſiſtorien gebührten[628]), durch Friedrich II. aber auf die bürgerlichen Gerichte übertragen wurden „weil die Vielheit der Juſtiz-Collegiorum nichts als lauter Confuſions- und Jurisdictions-Streitigkeiten mit ſich führet[629]).“ Die Eheſachen insbeſondere[630]) wurden den Hofgerichten und andern höhern Behörden zugewieſen[631]). In Würtemberg beſteht beim Tribunale ein eigner Senat für Eheſachen. In Sachſen iſt in Folge der Beſchlußnahme der Kammer von 1834[632]) durch

---

622) S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 727, Anm. 7.

623) Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſch. a. a. O. §. 556.

624) Kirchenordnung von 1580. Vgl. Weber, ſächſ. Kirchenrecht Bd. I, Abth. 1, S. 429 flg. (zugleich über die weitere Entwickelung).

625) Viſitations- und Conſiſtorialordnung von 1573 (Mylius, Corp. Const. March. T. I. Abth. I. nr. VII).

626) S. Note 612 Cit. Deßgleichen Riccii, zuverläſſ. Entwurf von Stadtgeſetzen (Frankf. 1740), S. 489 flg. Auch die oben Note 476 cit. mecklenburg-ſchwerin'ſchen Geſetze, wo genannt werden: Kirchen, Schulen, Hoſpitalen- und gemeine Kaſtensgüter, Lehen, Einkommen, Nutzen, Gebäu und Beſſerung, der Kirchen- und Schuldiener Beſoldung, ingleichen die wider ſelbige eingebrachte perſönliche Zuſprüche.

627) Wie nach der kurpfälziſchen Ehe- und Ehegerichtsordnung von 1582.

628) Jacobſon, Geſch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bd. I, Th. II, S. 82, 83.

629) A. a. O. S. 111 flg.

630) Boltz, de consistorio diss. IV. §. 54 sq. p. 145 sq. Regimont. 1713. 4.

631) Edict v. 10. Mai 1748 (Mylius, Corp. Const. March. Contin. IV. p. 51.) Verordn. v. 8. Auguſt 1750. Vgl. allg. Landr. Th. II, Tit. I u. II.

632) S. die Verhandlungen in Ranke's hiſtoriſch-polit. Zeitſchrift Bd. II, Hft. IV, S. 367 flg.

die Geſetzgebung des Jahres 1835 die geiſtliche Gerichtsbarkeit und die Entſcheidung in Verlöbniß- und Eheſachen von den Conſiſtorien auf die weltlichen Gerichte und die Adminiſtration auf die Kreisdirectionen übergegangen[633]. Sehr umfaſſend iſt dagegen noch die Jurisdiction des hannöverſchen Conſiſtorium. Die Appellation von den Conſiſtorien ging, und wo ſie zu entſcheiden haben, geht auch jetzt an die höhere Juſtizbehörde, wogegen der Recurs an die Reichsgerichte nicht verſtattet war, da dieſen die geiſtliche Gerichtsbarkeit nicht zuſtand[634]. Actenverſendung an auswärtige Conſiſtorien, ſo wie an evangeliſche Facultäten, war auch allgemein hergebracht.

Was die Perſonen, welche dem geiſtlichen Gerichte unterlagen, betrifft, ſo rechnete man außer den Geiſtlichen auch den ſogen. clerus minor, Kirchen- und Schulbediente dahin und nach der Obſervanz auch deren Familie und Geſinde[635]. Meiſtens wurde aber ſpäter nur das bürgerliche exemte Forum, und ſelbſt dieß nicht einmal allgemein, angenommen (vgl. oben Note 556, 557).

Die Conſiſtorialgerichtsbarkeit in katholiſchen Ländern beruht auf der beſonderen Verfaſſung und war hier oft nur beſchränkt den Evangeliſchen zugeſtanden[636]. So hatten in Jülich-Berg die Synoden nur das Recht, in ſtreitigen Eheſachen unter den Parteien die Güte und Ausſöhnung zu verhandeln[637].

Das Verfahren richtet ſich theils nach den beſonderen Inſtructionen, theils nach den allgemeinen Landesordnungen. H. F. Jacobſon.

Geſandte[1] (legati, ministres publics, agens politiques ou diplomatiques, agens de relations exterieures) ſind alle Perſonen, in

---

633) S. die Geſetze v. 28., 30. Januar und 10. April 1835 im Coder des im Königreiche Sachſen geltenden Kirchen- und Schulrechtes S. 374 flg., 380 flg., 395 flg.

634) S. Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I, S. 737, 738, Bd. II, S. 750 und die daſelbſt Cit.

635) Nach den oben Note 476 cit. mecklenb.-ſchwerin'ſchen Geſetzen die Familie, nicht aber Bediente oder Bauern.

636) S. Eichhorn a. a. O. Bd. I, S. 790 flg., Bd. II, S. 156.

637) Vgl. die oben Note 420 cit. Abhandlung von Pütter. Wegen der Cognition der Conſiſtorien in Bayern ſ. Verordn. v. 22. Dec. 1822, 23. Dec. 1837 (Müller, Lexikon des Kirchenrechtes Bd. I, S. 725).

1) Die Literatur dieſer Materie iſt ſo umfänglich, daß ſich ſchwerlich auch nur ein zweckmäßiges Spicilegium daraus geben läßt. Diejenigen Schriften, welche bei dieſer Arbeit benutzt worden ſind, werden nachſtehend in den Noten angeführt werden. Eine Auswahl findet ſich in Pölitz, die Staatswiſſenſchaften im Lichte unſerer Zeit Th. 5, Aufl. 2, §. 298, und Klüber, europäiſches Völkerrecht Bd. 1, §. 169, Note b, S. 273. Schon umſtändlicher iſt die Literatur abgehandelt in v. Römer, Grundſätze über die Geſandtſchaften S. 6—18, am vollſtändigſten aber in deſſelben Handbuch für Geſandte Th. 1, S. 36—167. Die neueſten Werke ſind verzeichnet in Rotteck u. Welcker, Staatslexikon Bd. 6, Lief. 4, S. 584. Im übrigen iſt hier verwieſen auf v. Ompteda, Literatur des Völkerrechtes Th. 2, S. 351 flg. u. v. Kamptz, neue Literatur des Völkerrechtes S. 231 flg.

der Regel Staatsbeamte, welche von einem Staatsoberhaupte an ein auswärtiges Staatsoberhaupt geſendet werden, um im völkerrechtlichen (im Innern Teutſchlands: im ſtaatsrechtlichen) Verkehre die Geſchäfte ihres Staates zu betreiben. Der Ausdruck Miniſter bezeichnet Geſandte jeden Ranges, ſonſt verſtand man unter dem Ausdrucke Geſandte nur Geſandte erſten, unter Abgeſandten nur Geſandte 2. und 3. Ranges[2]). Daß unabhängige Völker, wenn ſie mit einander verhandeln wollen, dazu gewiſſer Organe bedürfen, da eine Unterhandlung eines ganzen Volkes mit einem anderen nicht denkbar iſt, daß dieſe Organe alſo ihr Volk, ihren Staat vertreten müſſen, dieß liegt in der Natur der Sache, daher in den urſprünglichen Rechten der Völker, iſt ſonach auch Grundſatz des philoſophiſchen Völkerrechtes. Daß dieſe Organe aber unverletzlich ſein, daß das, was ihnen geſchieht, als dem ſie abſendenden Staate geſchehen, angeſehen und jede Verletzung ſolcher Perſonen auf das Strengſte geahndet werden muß, dieß folgt als Mittel zum Zwecke ebenfalls aus den ganzen Verhältniſſen, weil ſonſt Verhandlungen mit den abgeſendeten Perſonen nicht möglich ſein würden, ſich Niemand zu dieſem Geſchäfte hergeben würde. Dieß beſtätigt die Geſchichte des Alterthums und Mittelalters, nur war dieſen Perioden unſer Inſtitut der ſtehenden Geſandtſchaften unbekannt. Die Geſandten wurden blos für einzelne Fälle abgeordnet, oder es wurden die Verhandlungen unter den Souveräns brieflich abgemacht — Beides, bei entſtehender Nothwendigkeit häufiger, ja fortdauernder Verhandlungen, ſo beſchwerliche Mittel, daß, wenn auch die Nothwendigkeit ſtehender Geſandtſchaft nicht durch die Verhältniſſe und durch die ſteigende Geſchäftsverwickelung ſich Anerkennung verſchafft hätte, doch durch die unausgeſetzteſten Verhandlungen mancher Staaten mit einander ſich die ſtehenden Geſandtſchaften factiſch bilden mußten. Es iſt nicht unwahrſcheinlich, daß der kluge päbſtliche Hof, der ſich im Mittelalter einen unausgeſetzten politiſchen Einfluß auf alle chriſtlichen Herrſcher zu ſichern wußte, zuerſt zu dieſem Inſtitute Veranlaſſung gegeben hat. So viel aber ſagt die Geſchichte beſtimmt, daß ſchon Ludwig XI. v. Frankreich an den Höfen Englands und Burgunds und dieſe bei ihm, hingegen der Miniſter Richelieu während der Dauer des dreißigjährigen Krieges als Kundſchafter an den verſchiedenen Höfen ſtehende Geſandten unterhielten, während wir ſeit dem weſtphäliſchen Frieden dieſes völkerrechtliche Inſtitut unter allen civiliſirten Völkern (die hohe Pforte mit eingeſchloſſen) finden. Der Zweck der ſtehenden Geſandtſchaften, ſo wie ſie ſich nunmehr ausgebildet haben, beſteht „in der Erhaltung und Pflege der friedlichen und freundſchaftlichen Verhältniſſe zwiſchen den einzelnen Staaten; in der Vertretung des Staates bei allen Vorkommniſſen; in der Wahrung aller Intereſſen deſſelben; in der möglichſten Verhinderung der Entſtehung von Mißverhältniſſen; in der gütlichen Beilegung entſtandener Differenzen; in der Vertretung der einzelnen

---

2) Klüber a. a. O. §. 169, S. 272 und Note a, S. 273. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 272.

Unterthanen, Körperſchaften u. ſ. w. bei allen erforderlichen Gelegenheiten; in der vermittelnden Beilegung der Streitigkeiten derſelben; in der Schutzgewährung da, wo einzelne Staatsgenoſſen des Schutzes in perſönlichen und ſächlichen Angelegenheiten bedürfen [3]).

Unter dieſen Umſtänden iſt die Politik das Hauptfeld, in welchem ſie ſich bewegen, daher das Rechtslexikon, bei ihrem nur ſecundären Einfluſſe auf das Recht, ſich einer umſtändlicheren Auseinanderſetzung des Geſandtſchaftsweſens enthalten muß, daſſelbe vielmehr in der Hauptſache nur ſo weit darſtellen kann, als zur Verſtändlichkeit der teutſchen Staatsrechtsprincipien über das Geſandtenweſen nöthig ſind, und ſo weit dieſe Principien aus Grundſätzen des Völkerrechtes entlehnt ſind.

Ehe das Inſtitut der bleibenden Geſandtſchaften ſich einrichtete, hatte man nur zwei Claſſen von Geſandten, die ambassadeurs (procureurs) in wichtigen, die gentils-hommes envoyés, gewöhnlich am Hofe dienende Edelleute, in minder wichtigen Angelegenheiten. Späterhin, als die Geſandtſchaften ſtehend wurden, gab, ſtatt der ambassadeurs, es — der Name deutet auf ihre Beſtimmung — Reſidenten (résidens). Die Agenten, welche vorher blos die Privatgeſchäfte der Fürſten beſorgt hatten, wurden nun auch mit Staatsgeſchäften beauftragt (chargés d'affaires) — Geſchäftsträger. Die oben erwähnten envoyés aber erhielten ſchon im 17. Jahrhunderte mehr Anſehen; ſeit dem Anfange des 18. Jahrhunderts bildeten ſie eine beſondere Claſſe der Geſandten, unter denen ſich die bevollmächtigten Miniſter (ministres plénipotentiaires) befanden, und ſo entſtanden drei Claſſen: a) ambassadeurs und päbſtliche Legaten und Nuntien, b) envoyés und bevollmächtigte Miniſter, c) Reſidenten und Geſchäftsträger. In jenen Zeiten, der Blüthe des höfiſchen Ceremoniells, wurde oft der Rang dieſer Geſandten und das ihnen gebührende Ceremoniell Veranlaſſung zu Streit, der häufig in den wichtigſten politiſchen, Staats- und Völkerrechtsverhandlungen die Beſchlüſſe verzögerte, erſchwerte, ja ganz hinderte. Dieß zu vermeiden, ſtellten die acht Mächte, welche den Frieden zu Paris am 13. Mai 1814 unterzeichnet hatten, durch den Wiener Congreß am 19. März 1815 ein Reglement über den Rang der diplomatiſchen Agenten [4]) auf, welches den übrigen gekrönten Häuptern zum Beitritte vorgelegt, von der teutſchen Bundesverſammlung durch Protocoll vom 12. Juli 1817 [5]) angenommen und wodurch drei Claſſen von Geſandten beſtimmt wurden. Zwiſchen dieſe wurde eine vierte von Oeſterreich, Rußland, Frankreich, Großbritannien und Preußen auf dem Congreſſe zu Aachen am 21. November 1818 eingeſchoben. So beſtehen bei jenen fünf Mächten und folgeweiſe für Teutſchland jetzt folgende Claſſen [6]), von denen indeß zu bemerken iſt, daß der Unterſchied derſelben

---

3) Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 586, 590. Pölitz a. a. O. S. 292 flg. u. 294.

4) In Klüber, Acten des Wiener Congreſſes Bd. 6, S. 204 flg.

5) In de Martens, recueil etc. Suppl. 8. p. 648.

6) Ueber Vorſtehendes vgl. Pölitz a. a. O. S. 300. Rotteck und Welcker a. a. O. S. 592 flg. Klüber, europ. Völkerrecht §. 179.

auf den verſchiedenen Graden der Repräſentation und des Ceremoniells beruht, jedoch nur in Bezug auf die verſchiedenen Staaten; unter ſich ſelbſt haben die diplomatiſchen Agenten, als ſolche, kein Recht auf einen Vorrang; ſie nehmen unter ſich den Rang nach dem Tage der amtlichen Anmeldung ihrer Ankunft ein. Es unterſcheidet ſich aber die erſte Claſſe ganz von den übrigen drei Claſſen dadurch, daß ſie die Staatswürde ihres Souveräns weſentlich repräſentirt, während die anderen nur die Qualität des Staatsoberhauptes, als ſolchen im allgemeinen, nicht ſeine beſondere Würde repräſentiren [7]).

Die erſte Claſſe wird gebildet von den Botſchaftern, Großbotſchaftern (ambassadeurs, embasadores, ambasciatores, magni legati, oratores) und den päbſtlichen legati a latere oder de latere und nuncii — ſowohl ordentliche als außerordentliche (ſ. w. u.) Geſandten dieſer Claſſe begreifend. Sie ſämmtlich erhalten ſeit dem weſtphäliſchen Frieden den Titel Excellenz, überreichen ihr Creditiv (ſ. w. u.) jedesmal in öffentlicher Audienz (die anderen nur in einer Privataudienz) und da ſie ihren Souverän nicht nur in den Geſchäften, ſondern auch rückſichtlich ſeiner Perſon repräſentiren, ſo werden ihnen alle die Ehren, wie jenem, erwieſen. Sie haben daher jeden Falles, ſie mögen Fürſten ſein oder nicht, ein fürſtliches Gefolge (ſ. w. u.). Schon zur Zeit des teutſchen Reichsbeſtandes hatten das Recht ſolche zu ſenden — jetzt bedienen ſich auch die Monarchen, welche es haben, deſſelben nur noch in außerordentlichen Fällen bei Ceremonialgeſandtſchaften (ſ. w. u.) — nur Kaiſer, Könige, der Pabſt und, durch die Wahlcapitulation erſt erlangt, die Kurfürſten, weil dieſe überhaupt königliche Ehren (honores regii) hatten. Unter den Republiken ward dieß Recht blos der Schweiz, den vereinigten Niederlanden und Venedig zugeſtanden. Noch jetzt iſt dieß ſo, und den größeren Republiken wird das Recht gleichfalls nicht beſtritten. Da aber gewöhnlich zwiſchen zwei Staaten in Bezug auf die Art der ambassade Reciprocität beobachtet wird, ſo verweigern die Souveräns mit königlichen Ehren das Recht, Geſandte erſter Claſſe zu ſchicken, denen, welche keine königlichen Ehren haben, den kleineren Republiken und den halbſouveränen Staaten. Dieß hindert aber diejenigen Fürſten, welche der königlichen Ehren nicht theilhaftig ſind, nicht, ſich unter einander durch Geſandten erſten Ranges zu beſchicken, da, ſolche Verhältniſſe abgerechnet, es von der Wahl jedes Souveräns abhängt, welche Claſſe von Geſandten er ſenden will [8]).

In die zweite Claſſe ſetzt das erwähnte Reglement die envoyés, ministres und anderen Geſandten, welche (gleich den Botſchaftern, Legaten und Nuntien) bei den Souveränen ſelbſt accreditirt werden, ſonach die envoyés (ablegati, prolegati, inviati), die eigentlichen bevollmächtigten Geſandten, welche, weil der bloße Titel Geſandter oder envoyé or-

---

7) Saalfeld, Handbuch des poſitiven Völkerrechtes S. 110. Pölitz a. a. O. S. 305 u. 306. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 593 u. 594.

8) Klüber a. a. O. §. 180, S. 291 flg., §. 183, 184, S. 296 flg. Pölitz a. a. O. S. 306. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 593 u. 596.

dinaire nicht gebräuchlich iſt, gewöhnlich den Titel außerordentliche Geſandten (envoyés extraordinaires) führen, und Miniſter (ministres plénipotentiaires), den k. k. öſterreichiſchen Internuntius zu Conſtantinopel — den einzigen Civilbeamten dieſes Titels — und die päbſtlichen Internuntien. Dieſe Claſſe beſchränkt ſich auf das nothwendige Gefolge, hat alſo keine Geſandtſchaftscavaliers, Edelknaben u. ſ. w., aber mehrere Secretärs[9]).

Zur dritten Claſſe gehören eigentlich, dem Aachener Beſchluſſe gemäß, nur die Miniſter-Reſidenten (ministres résidens). Weil aber die einfachen und die geſchäftsbetrauten Miniſter (ministres chargés d'affaires) inſofern einigen Vorzug vor den Geſandten der letzten Claſſe genießen, als ſie gewöhnlich beim Souverän ſelbſt accreditirt ſind; ſo pflegen mehrere Publiciſten, und wohl nicht mit Unrecht, dieſe alle zur dritten Claſſe zu rechnen[10]). Die Diplomaten dieſer Claſſe haben gewöhnlich nur Einen Secretär und einen oder mehrere Canzelliſten, je nach der Menge ihrer Geſchäfte.

Diejenigen endlich, welche, und wohl mit Recht, vorſtehende Claſſe als ſo abgeſchloſſen, die Miniſter-Reſidenten nicht blos als die Spitze der dritten und letzten Claſſe, und daher noch eine vierte Claſſe annehmen, rechnen dahin alle diejenigen diplomatiſchen Agenten, welche, wenn ſie auch häufig von ihrem Souverän ſelbſt accreditirt werden, doch auch blos von dem Miniſter der auswärtigen Angelegenheiten des einen Staates, oder auch blos interimiſtiſch für den Fall ſeiner Abweſenheit (chargés d'affaires ad interim) von dem an dem anderen Hofe reſidirenden ordentlichen Geſandten, bei dem Miniſter des Auswärtigen an dieſem Hofe accreditirt werden können[11]), die Reſidenten (agentes in rebus, résidens), Geſchäftsträger oder Geſchäftsbetrauten (chargés d'affaires), die eigentlich ſo genannten diplomatiſchen Agenten (agens diplomatiques) und die Conſuln, wenn ihnen ein geſandtſchaftlicher Charakter beigelegt iſt. Sie haben in ihrem Gefolge gewöhnlich keinen wirklichen Legationsſecretär, ſondern höchſtens einen Schreiber unter dem Namen eines Secretärs. Die Agenten dieſer letzten Claſſe pflegen blos die Privatgeſchäfte der Fürſten, von denen ſie beſtellt worden ſind, zu beſorgen und keine geſandtſchaftlichen Rechte, wenn ſie auch diplomatiſche Titel, z. B. Legationsrath, Legationsſecretär u. ſ. w. führen, zu haben, bis man ſie ausnahmsweiſe zuweilen in Staatsgeſchäften gebraucht, wozu ſie gewöhnlich durch beſondere Empfehlungsſchreiben (lettres de provision) accreditirt werden. Sie treten daher häufig auf, als Abgeordnete ohne einen beſtimmten diplomatiſchen Charakter (négociateurs sans qualité), als geheime oder vertraute Abgeordnete (ministres confidentiels, négociateurs secrets). Endlich gar keinen geſandt-

9) Klüber a. a. O. §. 181, S. 293. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 594.

10) Rotteck u. Welcker a. a. O. Vgl. Klüber a. a. O. §. 182, S. 294. Pölitz a. a. O. S. 304.

11) Ebendaſelbſt.

ſchaftlichen Charakter — wenn ſie nicht zu geſandtſchaftlichen Geſchäften ausdrücklich verwendet werden — haben auch die Commiſſäre[12]), gewöhnlich zu Grenzberichtigungen, Liquidationsausgleichungen u. ſ. w. abgeordnet, und die zu Congreſſen geſendeten bloßen Deputirten[13]).

Am wichtigſten ſind unter den genannten Perſonen die Conſuln, Handelsconſuln[14]) (consuls), eigentlich Beamte, auf fremden Handelsplätzen, beſonders in Seehäfen, zu Wahrung des Handelsintereſſes des ſie beauftragenden Staates und zum Schutze der dort mit dem Handel dieſes Staates beſchäftigten Perſonen, als Kaufleute, Schiffer u. ſ. w. beſtellt. Die erſten Spuren derſelben finden ſich bei den Griechen, welche nicht nur für die fremden Kaufleute in Griechenland, ſondern auch für die griechiſchen Kaufleute in Egypten eigene Richter anordneten und einſetzten. Eine ähnliche Einrichtung beſtand zu Rom rückſichtlich des praetor peregrinus[15]). Erſt im 12. Jahrhunderte findet ſich wieder die Nachricht, daß die italieniſchen, ſpaniſchen und franzöſiſchen Seeſtädte durch die Kreuzfahrer das Recht erhielten, Conſuln, als Richter in Handelsſtreitigkeiten und zu Wahrung ihrer dortigen Handelsintereſſen, in den aſiatiſchen Seeſtädten zu beſtellen. Dieß wurde von den europäiſchen Mächten in den Handelsplätzen der Levante und der Barbareskenſtaaten nachgeahmt und endlich auf andere See- und Handelsplätze angewendet. Seit dem 16. Jahrhunderte pflegen die europäiſchen Staaten ſich ſo allgemein wechſelſeitig Conſuln zuzuſenden, daß z. B. von der preußiſchen Regierung dergleichen an 115 Orten des Auslandes eingeſetzt ſind. Man theilt ſie in Generalconſuln (consuls généraux), welche für mehrere See- und Handelsplätze, oft für ein ganzes größeres Land, z. B. ein ganzes Königreich, beſtimmt ſind, Conſuln im engeren Sinne (Particularconſuln, consuls particuliers), deren Wirkſamkeit ſich gewöhnlich auf einen einzigen Ort beſchränkt, und Viceconſuln (vice-consuls), von welchen Jene vertreten werden, ihnen oft bei größeren Handelsplätzen zugeordnet. Die beiden letzten Claſſen pflegen unter den Erſteren zu ſtehen. Sie müſſen, ein jeder an ſeinem Orte und in ſeinem Conſulatsbezirke, Alles thun und wahrnehmen, was zur Beförderung der Rechte und Vortheile des Handels ihres Staates und deſſen einzelnen Unterthanen dient, von den ein- und ausgehenden Waaren, Schiffen u. ſ. w. in Bezug auf ihren Staat Notiz nehmen, auf den dortigen Verkehr der Unterthanen ihres Staates achten, für Aufnahme des Handels des letzteren in dortiger Gegend ſorgen, über die Beobachtung der Handelsverträge wachen, Streitigkeiten unter den Handel und Schifffahrt treibenden Unterthanen ihres Staates und mit denſelben möglichſt ſchlichten, für Erhaltung guter Ordnung dabei ſorgen, den Unterthanen ihres Staates

---

12) S. den Art. Commiſſion im Rechtslexikon Bd. 2, S. 701 flg.

13) S. den Art. Deputation ebendaſ. Bd. 3, S. 326 flg.

14) Die Literatur darüber ſ. in v. Römer, Handbuch für Geſandte S. 94 und bei Pölitz a. a. O. S. 311.

15) Mirus, das Seerecht und die Flußſchifffahrt Bd. 1 (Leipzig 1838), §. 94 flg.

gegen Beeinträchtigungen möglichſt Schutz und Beiſtand leiſten, bei den Obrigkeiten des Conſulatsbezirkes vermittelnd einſchreiten, Atteſte, Seepapiere, Certificate ausſtellen, Proteſte, Vollmachten u. ſ. w. legaliſiren, dießfallſige Protocolle aufnehmen und Berichte erſtatten. Es ſteht ihnen daher ein Schiedsrichteramt und eine Art von freiwilliger Gerichtsbarkeit in Bezug auf die Unterthanen ihres Committenten zu; Criminaljurisdiction über dieſe gar nicht. Wo dieß iſt, beſchränkt ſie ſich auf Auslieferung des Verbrechers zur weiteren Verfügung an ſein Vaterland. Sie ſtehen gewöhnlich unter dem Handels-, häufig dem Finanzminiſter und zugleich unter dem Miniſter der auswärtigen Angelegenheiten ihres Staates. Zu dieſen Stellen werden von dem Staate, der ſie einſetzt, theils fremde, theils eigene Unterthanen ernannt, und zwar durch eine einfache Beſtallung (lettre de provision), welche erſt durch eine Beſtätigung (exequatur) von dem Staate, in dem ſie angeſtellt werden, Wirkſamkeit erhält. Denn kein Staat iſt berechtigt, in einem anderen, ohne deſſen Zuſtimmung, einen Conſul anzuſtellen. Dieſer hat übrigens eigentlich keinen repräſentativen Charakter, genießt nicht die Vorrechte der Geſandten, z. B. Exterritorialität, hat kein Ceremoniell zu beanſpruchen; doch iſt die Exemtion von Gerichtsbarkeit und öffentlichen Laſten des Staates, in denen er ſich befindet, häufig bedungen. Beides fällt in der Regel bei denjenigen Conſuln weg, welche Unterthanen des Staates ſind, in welchem ſie das Conſulat für einen anderen verwalten. Dieſe werden wenigſtens in Criminalfällen, auch auf Requiſition des Staates, der ſie beſtellt hat, nicht ausgeliefert; es wird auch gar nicht um die Auslieferung requirirt. In Mangel beſtimmter Verabredung genießen die Conſuln gewöhnlich nur Unabhängigkeit in ihrem Amte und Unverletzlichkeit ihrer Perſon und ihres Archives. Doch hängen ſie gewöhnlich die Wappen ihres Souveräns an ihren Wohnungen aus und beobachten unter ſich den Rang ihrer Souveräne. Nur in der Levante und in Afrika haben ſie eine, der der Geſandten ſich mehr annähernde Stellung. Doch hat dieſe auch in Teutſchland neueſter Zeit ſehr gewonnen. Denn es pflegen, bei den neuerlich nothwendig und gewöhnlich gewordenen Staatserſparniſſen, häufiger die Staaten den Aufwand für Beſtallung wirklicher Geſandten zu erſparen, beſonders dann, wenn der Verkehr zwiſchen den beiderſeitigen Staaten nicht bedeutend und ſo die Abordnung eines Geſandten mehr Ehrenſache als Nothwendigkeit iſt, und pflegen deſſen Geſchäfte den Conſuln mit zu übertragen[16]) — ein Fall, der in älteren Zeiten ſeltener vorkam[17]).

---

16) So z. B. Dänemark, das ſeine Geſandtenſtelle im Königreiche Sachſen eingezogen hat. Der öſterreichiſche Generalconſul für Letzteres iſt ferner zugleich als chargé d'affaires an den fürſtl. reuſſiſchen, ſchwarzburg'ſchen und anhalt'ſchen Höfen accreditirt.

17) Ueber die ganze Materie vgl. Klüber a. a. O. §. 173 u. 174, S. 278 flg. Pölitz a. a. O. S. 309 flg. Saalfeld a. a. O. §. 55, S. 117. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 595 flg. Mirus a. a. O. §. 97 flg., S. 83 flg.

Außer der angegebenen Verſchiedenheit nach dem Range ſind die Geſandten auch rückſichtlich der ihnen anvertrauten Macht verſchieden. Zwar iſt es gewöhnlich nur ein Titel, wenn die Geſandten ministres plénipotentiaires heißen, indem ihre Gewalt durch ihre Inſtruction und die vorbehaltene Ratification gewöhnlich beſchränkt iſt. Indeß kommt der Fall auch vor, daß einem Geſandten ganz unbeſchränkte Gewalt gegeben wird, der dann plénipotentiair (plena potestate munitus) ohne allen Zuſatz heißt. Wenn ein Geſandter nicht ausdrücklich blos als Interimsgeſandter geſendet wird, ſo kann er entweder ein ordentlicher oder außerordentlicher Geſandter ſein (ambassadeur ou envoyé ordinaire ou extraordinaire), je nachdem ihm die geſandtſchaftliche Eigenſchaft für immer, bis auf Widerruf, oder nur auf eine gewiſſe Zeit, oder für ein gewiſſes Geſchäft übertragen iſt. Der zuſammengeſetzte Titel envoyé extraordinaire et ministre plénipotentiare zeigt in der Regel einen ordentlichen Geſandten an. Endlich ſind die Geſandten auch nach der Art ihrer Geſchäfte verſchieden. Einige ſind in der Hauptſache zur Beſorgung beſtimmter allgemeiner oder einzelner Rechts- oder Politikgeſchäfte beſtimmt — Geſchäftsgeſandte (ministres négociateurs), andere blos für Gegenſtände des Staats- oder Familienceremoniells — Ceremoniell- oder Ehrengeſandte (ministres d'étiquette, m. figurans). Beide Aufträge können eine und dieſelbe Perſon zugleich haben, ſo wie andererſeits es von der Willkür des Souveräns abhängt, wie viele Geſandten er zugleich bei einem und demſelben Hofe accreditiren will. Ueberhaupt iſt es, was das Erſte betrifft, namentlich in Teutſchland, in die Willkür jedes Monarchen geſtellt, einem und demſelben Geſandten mehrere Geſandtſchaftspoſten anzuvertrauen, daher ſogar mehrere Souveräns einen gemeinſchaftlichen Geſandten haben können — ein Fall, der beſonders am teutſchen Bundestage ſehr häufig iſt.

Wenn an einem beſtimmten Orte, gleichſam in einem Mittelpunkte, von mehreren Staaten Geſandte zuſammenkommen, um über gewiſſe Geſchäfte in Staatsangelegenheit gemeinſam zu unterhandeln — Geſandtencongreß, ſo wird dieß ſo angeſehen, als ob die verſchiedenen Staaten, deren Geſandte dort ſind, ſich einander dieſe Geſandten zugeſendet hätten[18]). Verſchieden aber davon iſt das diplomatiſche Corps, d. i. die Summe der an einem Hofe (nicht zu einem ſolchen gemeinſchaftlichen Zwecke, ſondern) zu Förderung der Intereſſen jedes einzelnen Staates accreditirten Geſandten — ſo genannt, weil die Diplomatie die Wiſſenſchaft iſt, in welcher ſie ſich vorzüglich bewegen. Daher nennt man auch die wiſſenſchaftlich gebildeten Perſonen bei einer Geſandtſchaft diplomatiſche Perſonen, Diplomaten[19]).

Wie groß der Aufwand für wirkliche Geſandten iſt, ergibt ſich ſchon aus dem Geſandtſchaftsgefolge eines Botſchafters und aller ihm gleichſtehenden Geſandten erſter Claſſe; in den übrigen Claſſen iſt dieß,

---

18) Klüber a. a. O. §. 177, 178 u. 185, S. 287 flg. u. 298 flg.

19) Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 588 u. u. d. W. Diplomatie Bd. 4, S. 426.

wie gedacht (ſ. oben S. 667), verhältnißmäßig, doch nur verhältnißmäßig, geringer. Das Gefolge eines Geſandten erſten Ranges beſteht theils aus dem Geſchäftsperſonale, Geſandtſchaftscanzler, Geſandtſchaftscanzleidirector, Geſandtſchafts- oder Legationsräthe (bei Geſandtſchaften der erſten Claſſe Botſchaftsräthe, conseillers d'ambassade, bei den päbſtlichen Legaten Auditoren, Legationsſecretäre, benannt), Ueberſetzer oder secrétaires interprètes, déchiffreurs, Geſandtſchaftscommis (employés), Practikanten, Attachés (commis attachés, zur Aushilfe bei den Geſchäften), Canzliſten (zuweilen mit dem Titel Secretär), Zahlmeiſter, Geſandtſchaftsfourier, Canzleidiener, Dolmetſcher (drogmans, dragomans, truchemans — ſie werden jetzt faſt nur noch bei Miſſionen an der osmaniſchen Pforte und in aſiatiſchen und afrikaniſchen Staaten, ſo wie bei den von dieſen Staaten an europäiſche Mächte geſchickten Geſandten, gebraucht). — Ausſchließend für die Ceremonialpartie, für Ehrendienſte, ſind beſtimmt: der Geſandtſchaftsmarſchall, die Geſandtſchaftscavaliere (gentilshommes d'ambassade), die Edelknaben oder Pagen, und zwar Marſchall und Pagen nur bei Botſchaftern, Geſandtſchaftsgeiſtliche (aumoniers d'ambassade, da noch üblich, wo die Geſandtſchaft eine eigene Hauscapelle unterhält). Seltener ſind eigene Geſandtſchaftsärzte. Außerdem gehören dazu Hausofficianten, Kammerdiener, Livreebedienten u. ſ. w. Militäriſches Gefolge iſt nicht mehr üblich, außer bei Geſandtſchaften in uncultivirtere Länder und außer etwa einigen Schweizern, Heiducken oder Kammerhuſaren[20]).

Mit dem Geſandten genießt gleichen Rang, gleiche Befreiungen und gleiches Ceremoniell die Gemahlin des Geſandten — ein Gebrauch, der erſt ſeit Einführung ſtehender Geſandtſchaften ſich gebildet hat[21]). Doch die wichtigſte Perſon im Geſandtſchaftsgefolge iſt der Legations-, Geſandtſchafts-, Botſchaftsſecretär (secrétaire de legation, secrétaire d'ambassade), zuweilen mit dem Titel eines Legationsrathes. Die Legationsſecretäre ſind Staatsdiener, beſtimmt den Geſandten in ſeinen geſandtſchaftlichen Geſchäften und zwar ſowohl in Ceremoniell- als in den wirklichen Geſchäften zu unterſtützen. Außer den, in dem Namen ſelbſt liegenden Canzelleigeſchäften, inſonderheit Concipiren, bezüglich Mundiren, Aufſicht über das Archiv u. ſ. w., werden ſie auch zu mündlichen Verhandlungen und zu Ueberreichung geſandtſchaftlicher Noten gebraucht. Bei Verhinderung des Geſandten vertreten ſie ihn, wenn ſie zu chargés d'affaires ausdrücklich beſtellt ſind. Sie werden daher auch gewöhnlich dem Souverän, bei welchem der Geſandte accreditirt iſt, vorgeſtellt. Sie genießen die Unverletzlichkeit und Befreiungen der Geſandtſchaft[22]).

Der Unverletzlichkeit erfreuen ſich auch, wiewohl nur in Friedenszeiten, die Eilboten, Couriere, Feldjäger, Staats- und Ca-

---

20) Wir ſind bei dieſem Verzeichniſſe beſonders dem europäiſchen Völkerrechte von Klüber, §. 189, S. 306 flg., gefolgt; vgl. jedoch auch Martens, Einleitung in das europäiſche Völkerrecht (Göttingen 1796), §. 231 flg., S. 274 flg., und Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 598.

21) Martens a. a. O. §. 230, S. 273.

22) Martens a. a. O. §. 232, S. 274 flg. Klüber a. a. O. §. 188, S. 305.

binetscouriere, welche zur Sendung der Depeſchen von den und an die Geſandtſchaften gebraucht werden. Sie ſind oft durch eine eigene Amtskleidung, mindeſtens durch ein Schild (Schildcouriere) bezeichnet; oft werden aber auch andere Perſonen zu gedachten Geſchäften gebraucht. Sie müſſen ſich in ihrer Qualität legitimiren und ſind dann in der Regel von Viſitation ihres Gepäckes, auch Weg-, Brücken- und anderen Mauthen frei. Selbſt im Kriege ſind die Couriere, welche ſich von den kriegführenden Souveräns gegenſeitig, oder welche an den und von dem Friedenscongreß geſendet werden, unverletzlich[23]).

Das geſammte einem Geſandten beigegebene und von ihm angenommene Perſonal — das Geſandtſchaftsperſonal — bildet im allgemeinen die Geſandtſchaft, welche theils Subject, theils Object des Geſandtſchaftsrechtes[24]) (ius legationum, droit de légation ou d'ambassade) iſt. Letzteres iſt nämlich a) in ſtaatsrechtlicher oder ſubjectiver Bedeutung, die Befugniß eines Staates, Geſandte zu ſchicken — actives Geſandtſchaftsrecht — und von anderen Staaten anzunehmen — paſſives Geſandtſchaftsrecht, b) in völkerrechtlicher, objectiver Bedeutung der Inbegriff der durch den geſandtſchaftlichen Verkehr entſtehenden und hierauf bezüglichen Rechtsverhältniſſe[25]). Das active und paſſive Geſandtſchaftsrecht in ſtaatsrechtlicher Bedeutung ſteht immer einem und demſelben Subjecte zu, da in Europa der Grundſatz der Reciprocität in der Maße angenommen iſt (ſ. oben S. 666), daß Staaten deſſelben völkerrechtlichen Ranges in der Regel auch Geſandten derſelben Claſſe bei einander unterhalten[26]). Abgeſehen von dem, was in Hinſicht der Geſandten erſten Ranges oben (S. 666) erwähnt wurde, ſteht, da das Geſandtſchaftsrecht unmittelbar und nothwendig aus dem, keinem Staate abzuſprechenden Rechte hervorgeht, mit anderen Staaten in Unterhandlungen, Verträge u. ſ. w. zu treten, jedem mit dem Rechte des Krieges und Friedens verſehenen Staate das Souveränetätsrecht zu, durch ſeinen Stellvertreter, alſo jedes regierende Staatsoberhaupt, es ſei dieß ein Monarch, oder ein mit der oberſten Verwaltung des Staates beauftragtes Collegium, Geſandten an andere Souveräns zu ſchicken und von ihnen anzunehmen. Halbſouveräne, abhängige Staaten haben dieß Recht nur ſo weit, als dadurch ihr Abhängigkeitsverhältniß zu dem Staate, von welchem ſie abhängen, namentlich die mit demſelben abgeſchloſſenen Verträge ſolches geſtatten. Während daher, was die Staatenbunde, namentlich auch die Staaten des teutſchen Bundes anlangt, die einzelnen Cantone der Schweiz und die einzelnen mit den übrigen vereinigten Staaten von Nordamerika das fragliche Geſandtſchaftsrecht nicht haben, ſteht ſolches doch nicht nur dem

---

23) Klüber a. a. O. §. 190, S. 309.
24) Moſer, Grundſätze des europäiſchen Völkerrechtes Buch 3. Saalfeld, Grundriß des europäiſchen Völkerrechtes §. 36 flg.
25) So wird unterſchieden und definirt, und zwar mit Recht, bei Rotteck u. Welcker a. a. O. u. d. W. Geſandter S. 588.
26) Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 596.

teutſchen Bunde im allgemeinen, ſondern auch den einzelnen teutſchen Bundesſtaaten unbeſtritten zu. Es ſteht ihnen aber dieß Recht nicht nur unter ſich zu, wie ſolches z. B. durch die geſandtſchaftliche Beſchickung der Bundesverſammlung zu Frankfurt a. M. ganz klar vorliegt, ſondern auch gegen auswärtige Staaten. Dieß Recht hatten von jeher die teutſchen Landesherren nicht nur ſeitdem ſie durch den Rheinbund die volle Souveränetät erhalten haben, ſondern auch ſchon vorher zur Zeit des teutſchen Reichsverbandes, wobei nur zu erwähnen iſt, daß das oben ſchon (S. 666) bezeichnete Recht der Kurfürſten, regii honores zu verlangen, nach mehrerer Publiciſten Meinung, auf die Großherzoge übergegangen zu ſein ſcheint[27]). Eine Zwangspflicht, Geſandte an auswärtige Staaten zu ſchicken oder anzunehmen, beſteht nach allgemeinen Völkerrechtsgrundſätzen nicht. Perſonen oder Gemeinheiten, welche einer Staatsregierung ganz untergeordnet ſind, haben aber dieß Recht gar nicht[28]).

Das Geſandtſchaftsrecht in völkerrechtlicher objectiver Bedeutung erhält der Geſandte, ſo daß er in alle Rechte deſſelben eintritt, ſobald er dem Monarchen, bei dem er accreditirt iſt, ſein Creditiv überreicht und ſich den übrigen accreditirten Geſandten vorgeſtellt hat, ſomit als Geſandter anerkannt iſt. Er bekommt nämlich zu ſeiner Legitimation ein Creditiv, Beglaubigungsſchreiben (lettre de créance), d. i. ein verſiegeltes officielles Schreiben an das Staatsoberhaupt, an das er abgeſchickt iſt, von dem ſeinigen, worin ſein Name, diplomatiſcher Charakter, Zweck der Miſſion und das Geſuch, ihn in dieſer Maße anzuerkennen, enthalten iſt. Davon übergibt er bei ſeiner Ankunft dem Miniſter des Auswärtigen eine beglaubte Abſchrift und bittet um eine Audienz (ſ. oben S. 666), in der er dem Staatsoberhaupte das Original überreicht. Für mehrere an denſelben Staat abgeordnete Geſandten langt Ein Creditiv hin; iſt aber ein Geſandter bei mehreren Staaten accreditirt, ſo muß er für jeden Staat ein beſonderes Creditiv haben[29]). Statt deſſelben erhalten Geſandte, welche nicht an ein Staatsoberhaupt, ſondern nur zu einer Miniſter- oder Geſandtenconferenz geſendet werden, oft auch außerdem neben dem Creditiv, zu ihrer Legitimation für beſondere Fälle, eine gewöhnliche Vollmacht (mandatum procuratorium, pouvoir) in forma patenti, nach den Regeln über Vollmachten überhaupt eingerichtet. So weit Creditiv oder Vollmacht, oder Beide langen, muß der abſendende Staat die Handlungen des Geſandten genehmigen, ſelbſt wenn ſie einer ihm ertheilten geheimen Inſtruction zuwider ſein ſollten, in welcher Hinſicht der Geſandte

---

27) Schmalz, das teutſche Staatsrecht §. 516.

28) Klüber a. a. O. §. 175, 176, S. 282 flg. Derſelbe, öffentliches Recht des teutſchen Bundes 3. Ausg., §. 186 (152a) u. 556 (461). Pölitz a. a. O. S. 296 flg. Maurenbrecher, Grundſätze des teutſchen Staatsrechtes §. 74, 96, 186.

29) Klüber, angez. Völkerrecht §. 194, S. 315. Pölitz a. a. O. S. 312. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 599.

dann nur ſeinem Staate verantwortlich wäre [30]). Außer dieſen Legitimationsurkunden bekommt der Geſandte über ſein Benehmen bei der vorliegenden Geſandtſchaft gegen den Staat, zu dem er geſchickt iſt, und gegen die anderen dort accreditirten Geſandten, eine Inſtruction theils im allgemeinen beim Antritte ſeines Amtes (Hauptinſtruction), theils noch, wie kaum ausbleiben kann und wie dann durch beſondere Depeſchen geſchieht, für jeden einzelnen vorkommenden wichtigeren Fall. Je nach ihrem Inhalte iſt ſie theils öffentlich (ostensible), theils geheim (secrète)[31]). Die Adreß- oder Empfehlungsſchreiben, welche der Geſandte gewöhnlich mitbringt, haben keinen officiellen Charakter, ſind nicht blos an Geſchäftsmänner, ſondern auch an andere Perſonen gerichtet, um ihnen eine gute Aufnahme zu verſchaffen. Rückſichtlich der Reiſebeglaubigung iſt zu bemerken, daß ſie bei einem Geſandten häufig nicht blos, wie bei anderen Reiſenden, in Einem Paſſe von der Regierung, von der er geſendet wird, ſondern öfter in mehreren Päſſen beſteht, nämlich dergleichen auch von der Regierung, an die er geht, und unter gewiſſen Umſtänden von den Regierungen, durch deren Gebiet er reiſt [32]). Hat der Geſandte durch gedachte Urkunden und in der erwähnten Maße ſeine Anerkennung erlangt und ſeine Function angetreten, ſo hat er dadurch Anſpruch auf die in dem ihm zuſtehenden Geſandtſchaftsrechte liegenden Vorrechte, welche, neben dem Ceremoniell, das, ſo weit es nicht nebenher erwähnt worden iſt, nicht hierher gehört, und neben der Aushängung des Wappens ſeines Souveräns an ſeinem Logis, welche jedoch den Geſandten 3. und 4. Ranges hier und da verweigert wird [33]), in Folgendem beſtehen:

1) Unverletzlichkeit, die dem Geſandten, wenn er die Perſon ſeines Souveräns ſelbſt repräſentirt, um ſo ſicherer zukommt, als dieſer heilig und unverletzlich iſt [34]) (ſ. oben S. 664). Dieſe muß ſogar fortdauern und dauert fort, wenn zwiſchen den beiderſeitigen Staaten, für welche die Geſandtſchaft beſteht, Mißhelligkeiten entſtehen, ſo daß nur bei den roheſten Nationen Ausnahmen davon vorkommen. Geſandtenmord iſt daher ein vorzüglich verabſcheutes Verbrechen. Der Geſandte und ſein Perſonal genießen des beſonderen Staatsſchutzes. Dagegen muß der Geſandte und ſein Perſonal Alles vermeiden, was den Geſetzen und Intereſſen des Landes zuwider iſt, wo er ſich als Geſandter befindet [35]).

2) Die Exterritorialität, beſtehend in dem Rechte zu verlangen, daß der Geſandte, ſein Perſonal und ſeine Effecten ſo angeſehen

---

30) Klüber a. a. O. §. 193 flg., S. 313 flg.

31) Klüber a. a. O. §. 196. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 600.

32) Klüber a. a. O. §. 195, S. 317. Rotteck u. Welcker S. 600.

33) Klüber a. a. O. §. 192, S. 312.

34) Paccaſſi, Einleitung in die ſämmtlichen Geſandtſchaftsrechte (Wien 1777), S. 161. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 585.

35) Klüber, Staatsrecht §. 466 (380).

werden, als hätten ſie nie die Staaten des Souveräns, der den Geſandten ſchickt, verlaſſen[36]). Daraus entſpringen folgende Rechte:

a) Befreiung von den Geſetzen des Landes, in das der Geſandte abgeſchickt iſt, jedoch unter der in der Natur der Sache und der Annahme des Geſandten liegenden ſtillſchweigenden Bedingung, daß er Ruhe, Ordnung und Sicherheit in dem fraglichen Staate nicht ſtöre[37]). Er iſt deßhalb

b) frei von der voluntariſchen und contentioſen Civilgerichtsbarkeit jenes Staates, der er ſich jedoch freiwillig unterwerfen kann, ſo wie es ſich von ſelbſt verſteht, daß, wenn er in dortige bürgerliche Verhältniſſe tritt, z. B. als Executor eines Teſtamentes, oder bei Treibung von Handel und Gewerbe, er auch die dortigen Geſetze befolgen muß, weil er dann von den Rechten der dortigen Bürger profitiren will, er ſich mithin auch den jenen correſpondirenden Pflichten unterwerfen muß. Hat er aber Schulden gewirkt, ſo kann er deßhalb nicht nur nicht vor der dortigen Obrigkeit belangt, ſondern auch ſein Vermögen nicht mit Arreſt belegt werden. Ob, wenn ſeine Miſſion beendigt iſt, bei ſeinem Wegzuge? dieß iſt ſtreitig, in manchen Staaten geradezu erlaubt. Die Grundſätze über die Unverletzlichkeit des Geſandten (ſ. oben S. 674) möchten wohl entgegenſtehen. Iſt er aber Unterthan des fraglichen Staates, oder gar deſſen Staatsdiener, ſo bleibt er ſolches auch in dieſen Eigenſchaften. Ebenſo verſteht es ſich, wenn er Klage erhebt, von ſelbſt, daß er dem Gerichtsſtande des Beklagten, auch rückſichtlich der Widerklage, folgen muß. Die Immobilien des Geſandten ſind von dieſer Befreiung ausgenommen, auch diejenigen Mobilien, die er nicht als Geſandter beſitzt, z. B. Waaren, wenn er Handel und Wandel treibt. Es folgt aus dem Allen auch, daß er die Civilgerichtsbarkeit über ſein Gefolge, welches außerdem keiner Gerichtsbarkeit unterworfen wäre, üben muß; doch findet dieß blos bei Geſandten 1. und 2. Claſſe ſtatt, bei denen der übrigen zwei Claſſen beſteht dieß Recht nur bedingt[38]). Der Geſandte iſt

c) frei von der Polizeigewalt jenes Staates, daher Polizeiofficianten nicht in ſein Logis dringen, Durchſuchungen und Arretirungen daſelbſt vornehmen dürfen[39]). Damit hängt zuſammen

d) Befreiung von der Criminalgerichtsbarkeit, eben ſowohl eine Folge der Unverletzlichkeit, als der Exterritorialität des Geſandten. Begeht er indeſſen ein Verbrechen, ſo wird ſeine Abberufung und Beſtrafung ſeinem Souverän in Antrag geſtellt. Ja bei einem Staats- oder doch einem ſolchen Verbrechen, bei welchem durch fernere Freilaſſung des Geſandten Gefahr entſtehen könnte, wird derſelbe arretirt und bis zur Abholung

36) Klüber, ebendaſ. Martens, manuel diplomatique. (Paris 1822.) §. 21. p. 46.

37) Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 607.

38) Martens, angez. Einleitung §. 213 u. 214. v. Römer, angez. Grundſätze S. 312 flg. Politz a. a. O. S. 317 flg. Stengel, Beiträge zur Kenntniß der Juſt.-Verf. in den preußiſchen Staaten Bd. 15, S. 299.

39) Martens, manuel diplomatique p. 17. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 608.

bewacht, oder, falls man dieſe verzögert, aus dem Lande geſchafft. Begehen Perſonen ſeines Gefolges Verbrechen, ſo verhaftet er ſie und liefert ſie ſeinem Landesherrn zur Beſtrafung aus. Iſt die Criminaljurisdiction über das Geſandtengefolge ungewiß, ſo trägt der Staat, wo er iſt, als Expediens, auf Entlaſſung des Verbrechers aus den Dienſten des Geſandten an, wenn ſolcher die Auslieferung verweigerte. Der Abgabe wirklicher, in ſeinem Logis betretener anderer Delinquenten an die Obrigkeit des Staates, in dem er ſich befindet, kann er ſich nicht entbrechen[40]). Denn das früherhin von den Geſandten zuweilen in Anſpruch genommene Aſylrecht, d. i. das Recht, daß Verbrecher, welche ſich in ſein Logis und unter ſeinen Schutz begeben, von gerichtlicher Verfolgung frei ſeien, iſt in der Exterritorialität völkerrechtlich nicht begründet. Daher können, wenn der Geſandte deren Auslieferung verweigert, ſie nöthigen Falles mit Gewalt aus deſſen Logis geholt werden[41]).

e) Befreiung von allen den Abgaben des Staates, in dem er ſich befindet, welche Unterthanenverhältniſſe vorausſetzen, alſo nicht von denjenigen indirecten Abgaben, welche der Verkäufer von Waaren bezahlt und dann auf den Preis aufſchlägt, nicht von Handels- und Gewerbeabgaben, wenn er erſteren treibt, nicht von Wege-, Brücken-, Pflaſter-, Brief- und Poſtgeld, nicht von Communalanlagen, wenn der Geſandte Mitglied einer Commun oder Geſellſchaft iſt, nicht von den Abgaben unbeweglicher Güter, mit Ausſchluß der Einquartierung und des etwanigen Aequivalentes dafür[42]).

f) Die Quartierfreiheit (franchise des quartiers) in dem Sinne, in welchem ſie noch beſteht, daß nämlich das Logis des Geſandten (hôtel de légation ou d'ambassade) von der Oberherrſchaft des beſchickten Staates frei iſt, liegt in den vorſtehend angegebenen Befreiungen. In der Ausdehnung hingegen, wie ſie ſonſt behauptet wurde, daß durch Aufhängung des Geſandtſchaftswappens das ganze Stadtquartier, worin das Logis des Geſandten ſich befindet, frei werde, iſt dieſes Vorrecht jetzt als Unrecht allgemein anerkannt und darum aufgehoben. Außerordentlichen Geſandten wird häufiger von dem beſchickten Staate ein Quartier unentgeldlich eingeräumt, was ſonſt wohl eben ſo allgemein war, wie die freie Defrayirung[43]) des Geſandten und ſeines Perſonals. Beide Vortheile ſind bei den ſtehenden Geſandtſchaften weggefallen[44]). Außerdem haben

---

40) Pölitz a. a. O. S. 317 u. 321. Martens, angez. Einleitung §. 215, 216, S. 254 flg. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 608.

41) Klüber, angez. Völkerrecht §. 208, S. 337. Pölitz a. a. O. S. 318 und der da angezogene Rössig, de iure asyli legatorum sec. iur. gent. absolutum dubio. Lips. 1787.

42) Martens a. a. O. §. 224 flg., S. 266 flg. Klüber a. a. O. §. 205 u. 206, S. 332. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 310.

43) Ahnert, Lehrbegriff der Wiſſenſchaften, Erforderniſſe und Rechte der Geſandten Th. 1 (Dresden 1784), S. 496.

44) Martens a. a. O. §. 218, S. 260. Klüber a. a. O. §. 192, S. 312. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 610.

3) die Geſandten das Recht des Hausgottesdienſtes (ius sacrorum privatorum, wohl nicht ſchicklich auch devotio domestica qualificata genannt[45])) in einer eigenen geſandtſchaftlichen Capelle und durch einen eigenen Geſandtſchaftsgeiſtlichen (ſ. oben S. 671) und andere Kirchendiener. Seit dem 16. Jahrhunderte iſt dieß üblich, wenn in der Reſidenz des Geſandten weder öffentliche noch Privatübung ſeiner Religion und nicht ſchon ein Geſandter deſſelben Hofes mit Hausgottesdienſt dort anweſend iſt. Bedingungen dabei ſind, daß der Geiſtliche nicht Amtshandlungen außerhalb jener Hauscapelle verrichte, nicht in ſeiner Amtskleidung anderwärts als dort ſich zeige, daß Niemand, außer dem Geſandtſchaftsperſonale, am Gottesdienſte Theil nehme und daß dieſer in der Landesſprache des Geſandten abgehalten werde, wenn nicht der Cultus der Kirche, zu der er gehört, eine andere Sprache erfordert, wie z. B. der katholiſche und jüdiſche Cultus[46]).

Die Art der Geſchäftsführung des Geſandten gehört der Diplomatie und Politik an, daher hier im Rechtslexikon nur noch die Beendigung ſeiner Function abzuhandeln iſt. Dieſe geſchieht bei einer außerordentlichen Geſandtſchaft und bei Interimsgeſandten (ſ. oben S. 670) durch Beendigung des Geſchäftes oder den Ablauf der für die Geſandtſchaft beſtimmten Zeit, alſo durch Erlöſchung des Creditivs; bei außerordentlichen und ſtehenden Geſandtſchaften aber durch die Zurückberufung von Seiten des beſchickenden Hofes, durch ſogen. Ausſchaffung, durch freiwilligen Abgang des Geſandten in Folge entſtandener Mißhelligkeiten und durch den Tod des Geſandten. Die Zurückberufung erfolgt durch ein Zurückberufungsſchreiben (lettre de rappel) von Seiten des beſchickenden Staates in der Form des Creditivs. Er überreicht dieß abermals in einer Audienz und erhält dagegen eine ebenmäßige Antwort — Recreditiv (lettre de récréance), auch die üblichen Geſchenke und Päſſe für ſich und ſein Gefolge. Von dieſem Moment an wird die Geſandtſchaft als beendigt angeſehen. So weit iſt es eine freiwillige Abreiſe. Findet ſich aber der Geſandte durch entſtandene Mißhelligkeiten zur Abreiſe veranlaßt, oder wird er aus irgend einem Grunde, z. B. wegen begangenen Verbrechens, fortgewieſen (Ausſchaffung), oder gar über die Grenze gebracht, ſo iſt dieß eine gezwungene Abreiſe. Stirbt der Geſandte, ſo erhält er ein ſeinem Range angemeſſenes Begräbniß, und die Verſiegelung und Inventariſation des Nachlaſſes, beſonders ſeiner Papiere erfolgt durch eine dazu qualificirte Perſon dieſer Geſandtſchaft, oder durch den Geſandten einer befreundeten Macht, oder durch einen in der Nähe befindlichen Geſandten oder ſonſtigen Beamten des beſchickenden Hofes. Die Erbfolge in ſeine Mobilien geſchieht nach den Geſetzen ſeines Staates, in die Immobilien nach den Geſetzen der gelegenen

---

45) Im Gegenſatze von der Hausandacht jedes Hausvaters (devotio domestica), wozu man, Behufs der beliebten Diſtinction, den Zuſatz (simplex) gemacht hat.

46) Martens a. a. O. §. 219 flg., S. 261 flg. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 610 flg.

Sache[47]). Vorausgeſetzt wird aber ausdrücklich hierbei, daß der Geſandte noch activ ſei. Denn iſt er auch noch ſo lange Geſandter geweſen und nunmehr penſionirt, ſo iſt das forum hereditatis doch da, wo er ſtirbt[48]).

Inſonderheit die Ausübung des Geſandtſchaftsrechtes der teutſchen Bundesſtaaten bei der teutſchen Bundesverſammlung anlangend, enthält das Recht, dieſelbe durch Geſandten zu beſchicken, zugleich die Verbindlichkeit dazu[49]) gegen die gemeinvölkerrechtliche Regel (S. 673). Es werden die Bevollmächtigten der Bundesgenoſſen durch Ueberreichung ihrer Legitimation bei dem Bundestagspräſidium als Geſandte beglaubigt, über welche Beglaubigung das Präſidium der Bundesverſammlung Vortrag macht und einen Schluß der letzteren über die Ausreichenheit der Legitimation veranlaßt. Dieſe pflegt mit der Subſtitutionsclauſel für Verhinderungen verſehen zu ſein; aber die Bundesfürſten können auch Interimsgeſandten (ſ. oben S. 670) beſtellen, den Bundestag durch mehrere Geſandten zugleich beſchicken und ſich mit anderen Bundesgliedern zur Bevollmächtigung einer und derſelben Perſon vereinigen. Die Geſandten ſind ſtreng an die Inſtructionen ihrer Gewaltgeber gebunden. Durch ihre Legitimation bei der Bundesverſammlung ſind ſie nur bei dieſer, nicht bei den einzelnen teutſchen Bundesſtaaten accreditirt. Bei den Bundestagsgeſandten findet übrigens das Ceremoniell der Geſandten zweiten Ranges ſtatt. Ihre Abberufung wird von ihnen dem Präſidium und von dieſem der Verſammlung eröffnet und nach dem Tode eines Bundestagsgeſandten geſchieht die Verſiegelung ſeiner Papiere von einer dazu bevollmächtigten Perſon derſelben Geſandtſchaft, oder dem legitimirten Stellvertreter derſelben, oder, in Ermangelung aller dieſer, vom Bundestagspräſidium. Für die Verhandlungen über die Verhältniſſe der Bundesverſammlung zur Stadt Frankfurt, von der die erſtere die erforderliche militäriſche Wache erhält, beſteht eine Commiſſion des daſigen Senates, welche die Stelle eines Miniſteriums des Auswärtigen gegen den Bund vertritt[50]).

Buddeus.

Geſchlecht (sexus). Daß die Geſchlechtsverſchiedenheit von Einfluß auf die Rechtsverhältniſſe ſein müſſe, liegt in der Natur der Sache und iſt auch von den poſitiven Geſetzgebungen anerkannt worden. Das römiſche wie das ältere teutſche Recht räumen dem männlichen Geſchlechte eine Präponderanz vor dem weiblichen ein, die ſich namentlich in der Schutzbedürftigkeit des letzteren gründet und die Vertretung deſſelben, wenigſtens das Mithandeln des erſteren in wichtigeren, insbeſondere ge-

---

47) Pölitz a. a. O. S. 322 flg. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 611, 612.

48) Dabvigk, practiſche Erörterungen auserleſener Rechtsfälle (Hannover 1823), Abh. VI, S. 217.

49) Bundesacte Art. 3, 4. Wiener Schlußacte Art. 7 flg.

50) Klüber, angez. öffentliches Recht §. 137 (128a) flg. Maurenbrecher a. a. O. §. 107.

richtlichen, Acten herbeiführt: eine Beſchützung, die ſich als Geſchlechtsvormundſchaft (cura sexus) bis in die neuere Zeit unter mannigfachen Modificationen erhalten hat. Beſondere Rechte wurden den Männern zu Theil, inſofern dieſen Rechten Verpflichtungen zur Bewährung perſönlichen Muthes (wie beim Lehnsweſen), oder einer gewiſſen höheren ſocialen Selbſtſtändigkeit (wie im Wechſelrechte) gegenüberſtanden. Beſondere Rechte oder Rechtswohlthaten wurden aber auch den Frauen zu Theil, inſofern es ſich z. B. um die Anerkennung der Schwierigkeiten handelt, welchen das Verſtändniß (wie bei der ignorantia iuris) und der richtige Gebrauch des Rechtes (daher beneficium restitutionis in integrum bei Interceſſionen) oft unterworfen iſt; oder inſofern im allgemeinen die aus einer Claſſe von Rechtsgeſchäften entſpringende Gefahr von dem weiblichen Geſchlechte abgewendet werden ſoll (z. B. SC. Velleianum). Alles dieß trifft jedoch nur ausnahmsweiſe ein; die Gleichheit beider Geſchlechter iſt ſchon vom römiſchen Rechte als Regel anerkannt[1]), wie denn auch, beſtimmter Vorſchrift des römiſchen Rechtes zufolge, wenn in den Geſetzen im masculinum geſprochen wird, in der Regel auch das femininum begriffen iſt. — Ueber die Zwitter enthält das gemeine Recht mehrfache, jedoch mit dem heutigen Standpunkte der mediciniſchen Wiſſenſchaft nicht ganz wohl vereinbare Beſtimmungen. Zwar ſteht an der Spitze derſelben der ganz richtige Grundſatz: hermaphroditum eius sexus aestimandum, qui in eo praevalet[2]), womit zugleich die Anſicht ausgeſprochen iſt, daß es keine vollkommenen Zwitter, d. h. ſolche, die zur Ausübung der Functionen beider Geſchlechter gleichmäßig fähig ſind, gebe — eine Anſicht, welche auch die gerichtliche Medicin heutzutage theilt[3]). Allein was ſonſt namentlich von den Practikern des 17. und 18. Jahrh. als gemeinrechtlicher Grundſatz aufgeſtellt worden iſt über die Pflicht und das Recht des Hermaphroditen, ſich über das Geſchlecht zu entſcheiden, dem er angehören wolle u. dergl., würde, ſelbſt wenn wir über dieſe Punkte eine entſchiedenere Praxis hätten, ſchwerlich mehr zur Anwendung gelangen können. — Von den Hermaphroditen, die wiederum je nach dem Vorherrſchen des einen oder des anderen Geſchlechtes entweder gynandri oder androgyni ſind, unterſcheidet die heutige gerichtliche Medicin noch die Perſonen, welche in statu neutro (Geſchlechtsloſigkeit) ſich befinden, und die Hypoſpadiäen, rückſichtlich deren die Zeugungsfähigkeit mehrfach beſtritten worden iſt, nach der richtigeren Anſicht aber behauptet werden zu müſſen ſcheint. S.

Geſellſchaftsvertrag[1]). Societas im weiteren Sinne heißt die Vereinigung mehrerer Perſonen zur Erreichung eines gemeinſchaftlichen

---

1) Dig. I. 5. de statu hom. (1. 9.)
2) L. 10. eod. tit.
3) Henke, Lehrb. §. 153.

1) Literatur: d'Avezan, Contract. lib. II. tract. III. de societate (thes. Meerm. tom. IV. p. 103 sq.), von Glück, Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Bd. 15, S. 371—476, Unterholzner, quellenmäßige Zuſammenſtellung der Lehre des römiſchen Rechtes von den Schuldverhältniſſen

Zweckes, z. B. Innungen u. ſ. w.[2]); im engeren Sinne aber ein beſtimmter Vertrag, durch welchen eine Gemeinſchaft begründet wird. Daraus ergeben ſich für die nähere Begriffsbeſtimmung des Geſellſchaftsvertrages folgende einzelne Merkmale als nothwendig. 1) Die Verbindung mehrerer Perſonen, welche durch ihn herbeigeführt wird, muß eine vermögensrechtliche Beziehung haben. Demnach ſind wiſſenſchaftliche Vereine und ſolche, welche das geſellſchaftliche Vergnügen zum Zwecke haben, nur inſofern Gegenſtand juriſtiſcher Beurtheilung, als dieſe Verbindung Koſten verurſacht und die Mitglieder Beiträge und Bußen zu entrichten haben. 2) Es muß ein gemeinſamer Vortheil der Contrahenten bei der Eingehung des Vertrages beabſichtigt werden. Es widerſtreitet demnach dem Weſen des Vertrages eben ſo ſehr, wenn die Abſicht der Parteien von Anfang an darauf gerichtet iſt, um dem einen von den Contrahenten durch die Theilnahme an der Genoſſenſchaft ſchenkungsweiſe einen Vermögensvortheil zuzuwenden[3]), als es unzuläſſig erſcheint, Jemand unter der Bedingung an der Vereinigung Theil nehmen zu laſſen, daß er die Laſten und die Gefahr derſelben trage ohne Hoffnung der Theilnahme an dem Gewinne, ein Vertrag, welchen der römiſche Juriſt Caſſius mit dem Namen societas leonina zu bezeichnen gewohnt war[4]). In beiden Fällen wird der Contract nach dem Pandektenrechte null und nichtig. 3) Der Geſellſchaftszweck darf ſich nicht auf etwas Unerlaubtes oder Schändliches beziehen. Daher iſt der Contract für nichtig zu erachten, wenn er zum Behufe eines geſetzwidrigen oder unſittlichen Erwerbes geſchloſſen wird[5]). Dieß Erforderniß ſcheint ſchon zu den Zeiten des Labeo feſtgeſtanden zu haben, da dieſer Rechtsgelehrte aus dieſem Grunde den bei der Freilaſſung vorkommenden Vertrag für ungiltig erklärt, nach welchem der Freigelaſſene gegen den Freilaſſer ſich verpflichtete, mit ihm den künftigen Erwerb zu theilen[6]). 4) Die Geſellſchafter müſſen, jeder im

Bd. 2, S. 378—392. Einzelne gute Bemerkungen enthält Puchta, Lehrbuch der Pandekten §. 359—361. Oberflächlich iſt Treitſchke, die Lehre von der Erwerbsgeſellſchaft. Leipzig 1825.

2) L. 1. pr. u. §. 1. D. quod cuiusque universitatis nomine. (3. 4.) L. 3. §. 4. D. de bonorum possessionibus. (37. 1.) L. 22. D. de fideiussoribus. (46. 1.) L. 31. §. 1. D. de furtis. (47. 2.)

3) L. 5. §. 2. D. pro socio. (17. 2.) Donationis causa societas non recte contrahitur. Vgl. L. 16. §. 1. D. de minoribus. (4. 4.) L. 32. §. 24. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.) L. 35. §. 5. D. de mortis causa donationibus. (39. 5.)

4) L. 29. §. 2. D. 17. 2. Nach der Fabel vom Eſel, der mit dem Löwen zuſammen auf die Jagd ging, und von dieſem um ſeinen Antheil an der Beute gebracht wurde. Vgl. Phaedri Fab. 1. 11. Die Richtigkeit der Leſeart beſtätigen Stephanus und Cyrillus (Basil. 12. 1. ed. Heimbach. tom. I. p. 739. λεοντεὶαν, p. 740. λεωνίναν). Deßhalb iſt die Verbeſſerung Theoninam ſtatt leoninam, welche Hoffmann, in meletem. ad Pand. diss. XVI. §. 4. nach Horat. epist. I. 18. vs. 24. aufſtellte, unzuläſſig.

5) L. 70. §. 5. D. de fideiussoribus. (46. 1.) L. 57. D. 17. 2. L. 1. §. 14. D. de tut. et rat. (27. 3.)

6) L. 36. D. de operis lib. (38. 1.) L. 1. §. 7. D. quarum rerum actio non datur. (44. 5.) vgl. mit L. 1. §. 1. u. 2. D. de bonis libertorum. (38. 2.)

Einzelnen, etwas zur Erreichung des Geſellſchaftszweckes beitragen. Dieß Erforderniß hat ſich wohl auf dem Wege der Doctrin gebildet und iſt nur Folge des Grundſatzes, daß ein Societätscontract nicht ſchenkungsweiſe eingegangen werden dürfe, wenn ſchon es in den römiſchen Rechtsquellen nicht gerade damit in Verbindung geſetzt wird [7]). Worin die Beiträge beſtehen, iſt gleichgiltig; ob in Geld, oder in Dienſten, oder in beiden zugleich [8]). 5) Der Vertrag darf nicht in der Abſicht, ſich gegenſeitig zu betrügen, abgeſchloſſen ſein [9]). Denn gegenſeitiges Zutrauen iſt die Stütze eines jeden contractus bonae fidei. Der Mangel dieſes Erforderniſſes führt die Nichtigkeit des Vertrages herbei. — Das Weſen des Contractes beruht auf freiwilliger Vereinigung der Paciſcenten (consensus). Darauf deutet nicht allein die Einſtellung des Vertrages unter den Conſenſualverträgen, ſondern auch die ganze Behandlungsweiſe deſſelben in den römiſchen Rechtsquellen, welche die Vereinigung nur ſo lange als beſtehend darſtellen, als die Einwilligung der Intereſſenten dauert [10]), ſelbſt dann, wenn von Anfang an die Bedingung hinzugefügt ſein ſollte, daß die Societät entweder gar nicht oder nicht innerhalb einer beſtimmten Zeitfriſt aufgelöſt werden ſolle [11]). Auf die Art und Weiſe, wie dieſer Conſens erklärt wird, kommt weiter nichts an. Daher der Vertrag auch unter Abweſenden durch Briefe und Boten geſchloſſen werden kann [12]); ja es bedarf nicht einmal des ausdrücklichen Conſenſes, wenn nur die Handlung, aus welcher die Einwilligung gefolgert wird, überhaupt concludent iſt [13]). Ferner kann die Einwilligung an einen Anfangs- und an einen Endtermin gebunden ſein, und von einer Reſolutiv- und Suspenſivbedingung abhängig gemacht werden [14]), das letztere wenigſtens nach Juſtinian's ausdrücklicher Vorſchrift [15]), welcher bezeugt, daß es von den älteren Rechtsgelehrten bezweifelt worden ſei, ob der Vertrag von einer Suspenſivbedingung abhängig gemacht werden könne.

Die wichtigſten Eintheilungen der Geſellſchaften ſind folgende: 1) In Betreff der Beiträge, welche die einzelnen Genoſſen zur Erreichung des Geſellſchaftszweckes zu entrichten haben, unterſcheidet man eine societas rerum, operarum und mixta, je nachdem alle und jede Genoſſen Vermögensbeiträge zu entrichten, oder nützliche Dienſte zu leiſten haben, oder beide Arten von Beiträgen in derſelben Geſellſchaft concurriren. Die Vermögensbeiträge insbeſondere können nur ſo geliefert werden,

---

7) L. 1. C. pro socio. (4. 37.)
8) §. 2. J. de societate. (3. 26.) L. 1. C. 4. 37. L. 52. §. 2. D. 17. 2.
9) L. 3. §. 3. D. 17. 2.
10) L. 70. D. 17. 2. L. 14. L. 65. pr. D. ibid.
11) L. 1. pr. D. 17. 2. L. 14—16. D. ibid. Vgl. Puchta, Lehrbuch der Pandekten S. 400.
12) L. 4. pr. D. 17. 2.
13) L. 4. pr. D. 17. 2. vbis: et re. Nach heutigem Rechte gehört dahin der Kauf einer Actie, welche den Beitritt zum Actienverein begründet.
14) L. 1. pr. D. 17. 2.
15) L. 6. C. 4. 37.

daß das Beigetragene gemeinſchaftliches Gut des Vereines wird, was man societas quoad dominium oder quoad sortem nennt, oder es kann lediglich die Ueberlaſſung der Geldmittel zum gemeinſchaftlichen Gebrauch beabſichtigt ſein, was man societas quoad usum nennt. Zwar werden in beiden Fällen die Geldbeiträge Gemeingut der Societät, aber der Unterſchied zeigt ſich darin, daß dieſe Beiträge im zuletztgenannten Falle als eine Geſellſchaftsſchuld betrachtet werden, die an den Beitragenden zurückgezahlt werden muß, was im zuerſt genannten Falle nicht angenommen werden kann. Daher denn in jenem Falle bei der Auflöſung der Geſellſchaft der Beitragende vor allen Dingen ſein Capital wieder zurücknimmt, ſo daß erſt was übrig bleibt als Gewinn unter die Genoſſen zur Vertheilung gebracht wird; in dieſem Falle aber bildet alles, was eingeſchoſſen worden, einen reinen Vermögensſtock der Geſellſchaft und wird bei der Vertheilung als Gewonnenes behandelt, an welchem alle Geſellſchafter verhältnißmäßigen Antheil haben. 2) In Betreff des Umfanges der Vergeſellſchaftung unterſcheidet man eine allgemeine Vermögens- oder Gütergemeinſchaft, welche in den römiſchen Rechtsquellen bald societas omnium bonorum[16]), bald societas omnium fortunarum[17]) genannt wird, und die Erwerbsgeſellſchaft, von den neueren Rechtsgelehrten societas quaestuaria generalis genannt, wenn ſie nicht durch die Verabredung der Parteien auf den Erwerb einer beſtimmten Gattung beſchränkt iſt[18]). Die letztere bildet die Regel, jene die Ausnahme; daher auch in den Fällen, wo eine Geſellſchaft ohne nähere Beſtimmung des Zweckes oder des Umfanges eingegangen worden iſt, nur die Gemeinſchaft des geſammten Erwerbes vermuthet wird[19]). In der allgemeinen Gütergemeinſchaft iſt die Abſicht der Contrahenten darauf gerichtet, daß das geſammte Vermögen Gemeingut werde, während die auf dem Vermögen haftenden Schulden den ſämmtlichen Geſellſchaftsgliedern zur Laſt fallen[20]), und dieſe Abſicht erſtreckt ſich nicht allein auf das bereits erworbene Vermögen, ſondern wird auch auf jeden, erſt in der Zukunft eintretenden Erwerb ausgedehnt[21]), während die Verpflichtung der Societät, die Privatſchulden zu tragen, auch auf alle künftigen Verbindlichkeiten der Mitglieder bezogen wird[22]). Ausgenommen ſind alle Schulden, welche durch eine Verſchuldung des Genoſſen entſtehen, denn dieſe hat er in der Regel allein zu tragen[23]); doch fallen

16) L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. D. 17. 2.
17) L. 73. pr. D. ibid.
18) Die römiſchen Rechtsgelehrten bezeichnen ſie mit den Umſchreibungen societas universorum, quae ex quaestu veniunt (L. 7. D. 17. 2.) ut et quaestus et lucri socii sint (L. 13. D. ibid.) societas lucri, quaestus, compendii (L. 71. §. 1. D. ibid.) quaestus et compendii societas (L. 45. §. 2. D. de adq. vel omitt. hered. [29. 2.])
19) L. 7. pr. D. 17. 2.
20) L. 52. §. 16. D. 17. 2. L. 1. §. 1. L. 2. L. 3. pr. D. ibid.
21) L. 3. §. 1. L. 73. pr. L. 52. §. 16. D. ibid.
22) L. 52. §. 4 u. 18. D. 17. 2.
23) L. 52. §. 4 u. 18. D. 17. 2. L. 59. §. 1. D. ibid.

auch dieſe Schulden der Geſellſchaft zur Laſt, falls der Genoſſe das, was er aus der Verſchuldung gewonnen hatte, freiwillig in die Geſellſchaftsmaſſe eingeworfen und dieſer Erwerb von den anderen Geſellſchaftsgliedern angenommen worden iſt; vorausgeſetzt indeß, daß der Socius in der That verurtheilt worden[24]), daß dieſes Urtheil mit Fug und Recht geſprochen worden iſt (ſonſt haftet die Societät für die Schuld des Genoſſen unbedingt[25])), daß der aus dem Vergehen des Socius der Societät erwachſene Gewinn nicht weniger beträgt, als die im Urtheil ausgeſprochene Condemnationsſumme (denn die Geſellſchaft haftet in der Regel nur ſo weit, als ſie durch das Delict bereichert worden iſt)[26]), und daß endlich die Genoſſen von der unerlaubten Handlung ihres Geſellſchafters nicht unterrichtet waren (ſonſt haften ſie auch für die aus dem Delicte entſtehende Privatbuße)[27]). Dabei verſteht es ſich von ſelbſt, daß der Genoſſe von der Geſellſchaft nicht gezwungen werden kann, das, was er aus unerlaubten Gründen gewonnen hat, zur Vertheilung zu bringen[28]); denn ein ſolcher Zwang würde den erſten Grundſätzen des Societätsvertrages, welcher ja doch nur erlaubten Erwerb zum Gegenſtande haben kann, völlig widerſprechen[29]). — In der **Erwerbsgeſellſchaft** iſt die Abſicht der Parteien nicht auf die Gemeinſchaft aller gegenwärtigen und zukünftigen Vermögensrechte gerichtet, als vielmehr nur auf dasjenige, was die Geſellſchafter durch ihre Arbeit, ihre Thätigkeit, ihren Fleiß (ex opera sua) auf rechtmäßige Weiſe erwerben[30]). Dahin gehören z. B. Früchte der conferirten Sachen, Zinſen von ausgeliehenen Capitalien, Ertragniſſe aus Miethen und Handelsgewinnſte, Beſoldungen, Gratificationen für geleiſtete Dienſte[31]), während Erbſchaften, Legate, Fideicommiſſe, Schenkungen unter den Lebenden und auf den Todesfall der Collation nicht unterliegen[32]), ſelbſt dann nicht, wenn ſie auch wegen der Geſellſchaft und aus Gelegenheit derſelben ertheilt werden[33]). Denn dieß alles gilt als zufälliger, nicht von der Thätigkeit der Genoſſen abhängiger Gewinn. Ja, die römiſchen Juriſten gehen in der Strenge der Interpretation ſo weit, daß, wenn die Geſellſchaft auch ausdrücklich auf Erbſchaftserwerb ausgedehnt wird, im Zweifel doch die Erbſchaften, welche durch letzten Willen anfallen, nicht mit darunter begriffen ſind, weil ſie einen unſicheren Gewinn bilden[34]). Dagegen fallen auch wieder dem Vereine nur diejenigen Koſten und Ausgaben zur Laſt, welche

24) L. 54. D. 17. 2.
25) L. 52. §. 18. D. 17. 2.
26) L. 54 u. 55. D. ibid.
27) L. 55. D. 17. 2.
28) L. 52. §. 17. L. 53. D. 17. 2.
29) L. 53. D. 17. 2.
30) L. 52. §. 8. L. 7. 8. 9. 13. D. 17. 2. Unerlaubter Erwerb kann den allgemeinen Regeln vom Geſellſchaftsvertrage zu Folge niemals Gegenſtand des Geſellſchaftscontractes ſein.
31) L. 52. §. 8. D. 17. 2. L. 7—13. D. ibid.
32) L. 9—11. D. 17. 2. L. 71. §. 1. D. ibid.
33) L. 60. §. 1. D. 17. 2.
34) L. 3. §. 3. D. 17. 2.

der Lebensunterhalt der Genoſſen, die Bewirthſchaftung des Vermögens, überhaupt der Geſellſchaftszweck nothwendig macht[35]), und die von einem Genoſſen im Namen der Societät aufgenommenen Capitale müſſen nur inſofern von der gemeinſchaftlichen Caſſe übertragen werden, als ſie in dieſelbe wirklich gefloſſen ſind[36]). In Rückſicht des unerlaubten Gewinnes, ingleichen in Bezug auf die Verpflichtung der Geſellſchaft, den Schaden zu tragen, welchen der eine der Genoſſen durch ſeine unerlaubte Handlung erleidet, geben die römiſchen Rechtsquellen für die Erwerbsgeſellſchaft keine beſonderen Vorſchriften. Allein nach der Analogie der Univerſalgeſellſchaft kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß im erſten Falle der Erwerb des Genoſſen nicht zur Geſellſchaftsmaſſe gezogen werden kann, und im zweiten der Schadenerſatz und die Privatſtrafe dem Thäter zur Laſt fallen, ohne daß dieſer deßhalb Regreß an die Geſellſchaftscaſſe zu nehmen befugt iſt. In den Handlungen, welche der Geſellſchafter in der Abſicht, für ſich zu handeln, vornimmt, iſt er durch die Erwerbsgeſellſchaft nicht weiter beſchränkt, als inſoweit ſie durch den Contract ausdrücklich verboten ſind, oder dem Zwecke der Geſellſchaft entgegenlaufen, in welchen Fällen er freilich der Geſellſchaft als ſolcher das Intereſſe zu vergüten ſchuldig iſt[37]). Eine Verbindlichkeit kann aus eigenmächtigen Handlungen des Genoſſen, ſelbſt wenn er ſie im Namen der Geſellſchaft abgeſchloſſen hat, für dieſe überall nicht entſtehen, außer wenn ſie von den Genoſſen genehmigt worden ſind, oder inſoweit als das aus dieſen Handlungen gelöſte Geld in den Nutzen der Geſellſchaft verwendet worden iſt. — Außer dieſen Fällen kommen auch Vereine mit beſchränkteren Zwecken vor, theils zum Betriebe eines einzelnen Geſchäftes[38]), theils zum Erwerbe aus einem beſtimmten Handelszweige, was man societas quaestuaria particularis nennt[39]); dann wird der Abſicht nach nur das gemeinſchaftlich, was durch den Erwerb der beſtimmten Art gewonnen wird[40]), und nur das als Handlungsſchuld betrachtet, was zum Betriebe dieſes Erwerbes nothwendig war. Vereine dieſer Art ſind die Handelsgeſellſchaften, welche entweder blos für ein einziges Handelsgeſchäft oder für einen gewiſſen Handelszweig geſchloſſen werden; auch gehört hierher der Fall, wenn ein Grundſtück oder eine Heerde einem Pachter auf gemeinſamen Gewinn und Verluſt zur Bewirthſchaftung übergeben wird[41]).

Die Bemerkungen über das Weſen des Societätsvertrages geben uns auch den Schlüſſel zum Verſtändniſſe des daraus entſtehenden Schuldverhältniſſes der einzelnen Theilhaber. Dieſes Schuldverhältniß wird nämlich in den römiſchen Rechtsquellen als ein gemeinſames, alle Theilneh-

---

35) L. 12. D. 17. 2.
36) L. 82. D. 17. 2. Vgl. Treitſchke a. a. O. S. 87 u. flg.
37) L. 74. D. 17. 2.
38) L. 5. pr. D. 17. 2. L. 65. §. 2 u. 10. D. ibid. §. 6. J. 3. 26.
39) L. 51. §. 5. D. 17. 2. L. 52. §. 6. L. 71. pr. D. ibid.
40) L. 51. §. 5. D. 17. 2. L. 52. §. 6. D. ibid.
41) L. 25. §. 6. D. locati. (19. 2.) L. 8. C. de pactis. (2. 3.)

mer gleichmäßig und wechſelſeitig verpflichtendes dargeſtellt. Am klarſten wird dieß aus der Behandlungsweiſe der aus dem Vertrage entſtehenden Klage, der actio pro socio. Das Detail der Verpflichtungen der einzelnen Geſellſchaftsglieder läßt ſich nicht anders, als auf geſchichtlichem Wege erklären. Die römiſchen Juriſten gingen nämlich bei der Darſtellung derſelben von der Natur und dem Weſen der Societätsklage aus, und entwickelten daraus zunächſt die Erforderniſſe des Contractes[42]), die Stellung der Theilhaber gegen einander im Contracte, und erſt folgeweiſe die einzelnen denſelben zukommenden Rechte und Verbindlichkeiten. Dieſe nun laſſen ſich auf folgende Punkte zurückführen: 1) Jeder Genoſſe hat, ſo lange die Verbindung dauert, dasjenige zu leiſten, was ihm dem Contracte nach zu den Zwecken des Vereines beizutragen obliegt[43]). Nicht allein, daß dergleichen Beiträge mit der Geſellſchaftsklage eingetrieben werden können, bildet auch die Unterlaſſung der Leiſtung für den Gegner einen gerechten Grund zum Austritte aus der Geſellſchaft[44]). Am klarſten tritt dieſe Verpflichtung bei der Geſellſchaft hervor, welche das ganze Vermögen der Theilhaber zum Gegenſtande hat. Hier iſt nämlich jeder Genoſſe verpflichtet, dem anderen in allem, was er im Vermögen hat oder erwirbt, einen rechtlichen Antheil einzuräumen. Bei körperlichen Sachen bedarf es dann nicht einmal einer beſonderen Uebergabe der Vermögensſtücken, weil in dem Abſchluſſe des Vertrages bereits der Wille ausgedrückt iſt, den bisherigen Beſitz in einen gemeinſchaftlichen zu verwandeln[45]), und man die Analogie des constitutum possessorium zu Hilfe nimmt; für Rechte, welche nicht von der Perſon des Theilhabers getrennt gedacht werden können, z. B. für den Nießbrauch; für Klagerechte aus Obligationen bleibt das urſprüngliche Verhältniß auch nach dem Abſchluſſe des Societätsvertrages fortbeſtehen, doch hilft man ſich mit der gegenſeitigen Klagenceſſion[46]); für ſpäteren Erwerb laſſen die meiſten Rechtslehrer den Grundſatz eintreten, daß derſelbe dem Geſellſchafter verbleibe, aber durch die Anſtellung der Geſellſchaftsklage zur Maſſe gezogen werden könne; allein die Stellen der römiſchen Rechtsgelehrten[47]), welche zur Unterſtützung dieſer Behauptung angezogen werden, rechtfertigen nicht die Anſicht, daß ſolcher Erwerb nach anderen Grundſätzen zu beurtheilen ſei, als das bereits bei dem Abſchluſſe des Vertrages vorhandene Vermögen der Theilhaber. 2) Jeder Genoſſe iſt zur Herausgabe deſſen, was er zum gemeinſchaftlichen Vortheile gewonnen hat, verpflichtet[48]), beſonders zur Herausgabe der Früchte von Sachen, welche der Geſellſchaft gehören[49]), und der Zinſen von Societätsgeldern, vorausgeſetzt indeß, daß er dieſelben im Namen der Geſellſchaft ausgeliehen hat[50]); denn hatte

42) L. 3. §. 3. D. 17. 2.
43) L. 52. §. 8. D. 17. 2. L. 73. pr. u. §. 1. D. ibid.
44) L. 14. D. 17. 2.
45) L. 1. §. 1. L. 2. D. 17. 2.
46) L. 3. D. ibid.
47) Arg. L. 74. u. L. 52. §. 16. D. 17. 2.
48) L. 74., 21. D. 17. 2.
49) L. 38. §. 1. D. 17. 2.
50) L. 67. §. 1. D. ibid.

er ſie im eigenen Namen ausgeliehen, ſo hat er an den Zinſen wenigſtens ſo lange ein Retentionsrecht, als das Capital auf ſeinen eigenen Namen ſteht, und ihm kein Verzug zur Laſt fällt [51]). Mit dieſer Verbindlichkeit des Geſellſchafters hängt auch ſeine Verpflichtung zuſammen, über das, was er empfangen hat, Rechnung abzulegen, und die Rechnungsbücher auf Verlangen jedem Theilhaber vorzuzeigen [52]). 3) Jeder Genoſſe iſt verpflichtet, zur Verzinſung der gemeinſchaftlichen Gelder, welche er in der Abſicht, um ſie zu unterſchlagen oder für ſich zu benutzen, widerrechtlicher Weiſe an ſich gebracht hat [53]). 4) Jeder Genoſſe iſt verpflichtet, die von einem Mitgenoſſen zum Beſten der Geſellſchaft gemachten nothwendigen und nützlichen Auslagen ſammt Zinſen derſelben ſich verhältnißmäßig in Anrechnung bringen zu laſſen [54]). Den wirklichen Auslagen werden auch die zufälligen Verluſte gleich geachtet, die ein Genoſſe bei ſeiner Thätigkeit für die Zwecke des Vereines erlitten hat [55]); ferner die Verbindlichkeiten, welche einer von den Geſellſchaftern zum Beſten der Gemeinſchaft übernommen hat [56]), da dieſer, wenn er in Folge derſelben aus eigenen Mitteln bereits Zahlung geleiſtet hat, ſofort verhältnißmäßigen Erſatz derſelben aus der Gemeindecaſſe zu verlangen befugt iſt, und, wenn er zwar noch nicht Zahlung geleiſtet hat, aber deßhalb Anſprüche zu befahren hat, wenigſtens auf Sicherſtellung für künftigen Erſatz antragen kann [57]). 5) Die Genoſſen ſind verpflichtet, zur Herſtellung einer Ausgleichung etwas an die anderen beizutragen, wenn ein Geſellſchaftsmitglied im Stande geweſen iſt, zwar einige derſelben vollſtändig zu befriedigen, die anderen aber darüber zu kurz kommen [58]), oder den auf ihn fallenden Beitrag zum Beſten der Geſellſchaft nicht zu leiſten vermag [59]). 6) Der Genoſſe iſt verbindlich, nicht allein den durch ſeinen Dolus [60]) dem Genoſſen zugefügten Schaden zu erſetzen, ſondern dieſe Erſatzpflicht tritt für ihn auch dann ein, wenn ihm in den durch die Geſellſchaft herbeigeführten Verhältniſſen ein Nachtheil bringendes Verſehen zur Laſt fällt, doch kann dieſer Vorwurf dadurch abgelehnt werden, daß der Genoſſe nachweiſt, er habe die geſellſchaftlichen Angelegenheiten mit dem Fleiße, welchen er auf die eigenen Sachen verwendet, beſorgt [61]). Von Wichtigkeit iſt dieſer Grundſatz namentlich dann, wenn

---

51) L. 60. pr. D. ibid.

52) L. 9. pr. D. de edendo. (2. 13.)

53) L. 1. §. 1. D. de usuris. (22. 1.)

54) L. 67. §. 2. L. 52. §. 12 u. 15. L. 38. §. 1. D. 17. 2. L. 4. §. 3. L. 11. D. communi dividundo. (10. 3.) L. 2. C. 4. 37.

55) L. 52. §. 3. D. 17. 2.

56) L. 27. L. 38. pr. L. 67. pr. D. 17. 2. L. 13. §. 2. u. L. 14. D. de institoria actione. (14. 3.) L. 27. §. 8. D. de peculio. (15. 1.)

57) L. 67. pr. D. 17. 2.

58) L. 63. §. 5. D. 17. 2.

59) L. 67. pr. D. ibid.

60) Paulli sent. rec. II. 16. §. 1. L. 59. §. 1. D. 17. 2. L. 5. §. 2. D. commodati. (13. 6.) L. 23. D. de reg. iuris. (50. 17.) §. 9. J. 3. 26.

61) Paulli sent. rec. II. 16. §. 1. L. 23. pr. L. 72. D. 17. 2. L. 23. D. 50. 17. L. 5. §. 2. D. 13. 6. §. 9. J. 3. 26.

der eine von den Genoſſen zum Beſten des Vereines Leiſtungen in einer Kunſt oder Wiſſenſchaft beizutragen verſprochen hat; denn dann fallen ihm natürlich alle Verſehen zur Laſt, welche er aus Unkenntniß oder Ungeſchicklichkeit darin begangen hat[62]). 7) Die Genoſſen ſind verbindlich, den Schaden, welchen der Verein leidet, verhältnißmäßig zu tragen und an dem Gewinne, welcher der Geſellſchaft zufließt, jedem Theilhaber ſeinen Antheil zu verſtatten. Betrachten wir den zuletzt genannten Theil der Verpflichtung genauer, ſo finden wir in den römiſchen Rechtsquellen die allgemeine Regel vor, daß von der Vertheilung des Gewinnes nicht die Rede ſein könne, wenn nicht vorher der ganze Betrag des Schadens in Abzug gebracht worden iſt[63]). Daher denn bei der Vertheilung des Gewinnes zunächſt alle Schulden, welche die Societät als ſolche zu tragen hat, im Voraus abgerechnet werden, und nur, was erübrigt, zur Vertheilung gebracht wird. Dieſe Vertheilung unter die einzelnen Genoſſen geſchieht zunächſt nach den beſonderen Vorſchriften, welche im Contracte enthalten ſind[64]), und ſelbſt, wenn ungleiche Theile feſtgeſetzt ſind, muß die Convention beobachtet werden, vorausgeſetzt, daß, wer mehr erhält, in der That auch mehr, als die Anderen zu dem Geſellſchaftsfond beigetragen habe. Iſt nichts ausgemacht, ſo ſind die Antheile der einzelnen Genoſſen gleich, und zwar nicht nach Verhältniß deſſen, was ſie beigeſteuert haben[65]), ſondern nach dem Verhältniſſe der Perſonenzahl[66]). Dieſe Anſicht ſtimmt nicht allein mit der ſchon aus dem Begriffe der Geſellſchaft ſich ergebenden Stellung der Genoſſen gegen einander im Contracte überein, ſondern hat auch nicht einmal den Schein der Unbilligkeit gegen ſich, da in der Regel jeder Genoſſe für das Geſellſchaftsverhältniß als gleich wichtig gilt, da ja ſchon der Tod eines Einzigen den Verein auflöſt, und es mithin nicht allein als ein unzuverläſſiger, ſondern auch als ein falſcher Maßſtab gelten muß, wenn man die Bedeutung eines jeden Mitgliedes für den Verein nach ſeinen Beiträgen und Leiſtungen, die ja zudem nicht einmal immer zu Gelde angeſchlagen werden können, beſtimmen wollte. Nach ähnlichen Grundſätzen iſt auch die Vertheilung des Schadens unter die Genoſſen ins Werk zu ſetzen. Auch hier iſt zunächſt der reine Betrag deſſelben nach Verabzugung des Gewinnes auszuwerfen[67]), und nach denſelben Regeln, wie der Gewinn zur Vertheilung zu bringen[68]), alſo zunächſt nach dem

62) L. 52. §. 2. D. 17. 2.
63) L. 30. D. 17. 2.
64) §. 1. J. 3. 26. L. 29. pr. D. 17. 2.
65) Anderer Meinung iſt Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 15, S. 405 u. flg.
66) L. 29. pr. D. 17. 2. Caius, inst. III. §. 150. §. 1. J. 3. 26. Eine Folge davon enthält L. 63. §. 5. D. 17. 2. Vgl. Schrader ad Justin. instit. p. 550., Unterholzner a. a. O. Th. 2, S. 352. Puchta, Lehrbuch der Pandekten S. 397.
67) L. 30. D. 17. 2. §. 2. J. 3. 26.
68) L. 63. §. 5. D. 17. 2. L. 29. pr. D. ibid. Caius, inst. III. §. 150. §. 1. J. 3. 26.

Inhalte des Contractes, und falls nichts Beſonderes darüber in demſelben feſtgeſetzt iſt, nach Verhältniß der Köpfe. Eine ganz andere Frage iſt es, ob nach dem Inhalte des Contractes andere Verhältniſſe für die Vertheilung des Gewinnes und andere für die des Schadens unter den Genoſſen feſtgeſetzt werden dürfen. Allerdings erklärten die älteren römiſchen Juriſten eine ſolche Verſchiedenheit in den Verhältniſſen für unvereinbar mit der Natur des Geſellſchaftsvertrages[69]), allein nach der Meinung des Servius Sulpicius, welche in die Juſtinianiſchen Rechtsquellen ſiegreich übertragen worden, ließ man eine Ungleichheit dann zu, wenn die Dienſtleiſtungen des Einen Genoſſen für den Geſellſchaftszweck ſo wichtig erſchienen, daß eine Ausnahme von der Regel dadurch gerechtfertigt ward. Dann ließ man die Convention beſtehen, daß dieſer Genoſſe an dem Gewinne Antheil haben ſolle, ohne doch an dem Schaden zu participiren[70]); vorausgeſetzt indeß, daß Gewinn und Schaden in verſchiedenen Gegenſtänden zutreffen. Denn, wenn beide dieſelben Objecte betreffen, ſo treten die allgemeinen Regeln von der Gewinnberechnung ein, d. h. als Gewinn wird nur das betrachtet, was nach Abzug alles und jeden Schadens übrig bleibt, und nur an dieſem Reinertrage participirt der bevorzugte Genoſſe[71]). 8) Die Genoſſen ſind verbindlich, Sachen, welche zur Geſellſchaftsmaſſe gehören, bei dem Aufhören des Contractes vertheilen zu laſſen. Dieſe Verpflichtung iſt eine Folge der unter ihnen ſtattfindenden Gemeinſchaft (ſ. den Art. communio) und kann theils durch die actio communi dividundo, theils durch die actio pro socio erzwungen werden[72]). Aus dieſer Verpflichtung ergibt ſich natürlich zugleich für jeden der Genoſſen die Verbindlichkeit, falls er dergleichen Sachen beſitzt, dieſelben zur Geſellſchaftsmaſſe einzuliefern.

Die Klage, welche aus dem Geſellſchaftsvertrage entſteht, iſt die actio pro socio, eine in personam actio, welche nicht von einer Seite directa, von der anderen contraria, ſondern von jeder Seite directa iſt[73]). Sie gehört zu den bonae fidei iudicia[74]), und ſcheint eine arbitraria actio geweſen zu ſein[75]). Die Verurtheilung in dieſer Klage hat für jeden der Geſellſchafter die Infamie zur Folge[76]). Gegenſtand der Klage ſind zunächſt die perſönlichen, aus dem Geſellſchaftscontracte entſtehenden Verbindlichkeiten der Genoſſen, und erſt folgeweiſe die Theilung der gemeinſchaftlichen Sachen[77]); demnach kann die Klage nicht

---

69) L. 30. D. 17. 2., Caius, inst. III. §. 150., §. 2. J. 3. 26.

70) Caius, inst. III. §. 149. §. 2. J. 3. 26.

71) §. 2. J. 3. 26.

72) L. 38. §. 1. L. 65. pr. D. 17. 2. L. 1 u. 2. pr. D. communi dividundo. (10. 3.)

73) §. 2. J. de poenis temere litigantium. (4. 16.)

74) Caius, inst. IV. §. 62., §. 28. J. de actionibus. (4. 6.)

75) Cic. pro Roscio Comoedo 4. §. 12., 9. §. 25. L. 38. pr. D. 17. 2. Vgl. Unterholzner in Savigny's Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft Bd. 1, S. 254.

76) §. 2. J. 4. 16. L. 1. D. de his, qui notantur infamia. (3. 2.) L. 6. §. 6. D. ibid. L. 22. C. ex quibus causis infamia. (2. 12.)

77) L. 1. D. 10. 3. L. 38. §. 1. L. 65. §. 4. L. 67. §. 1 u. 2. D. 17. 2.

allein nach Beendigung des Geſellſchaftscontractes, ſondern auch während der Dauer deſſelben angeſtellt werden[78]), das letztere namentlich dann, wenn eine einzelne Verbindlichkeit des Genoſſen durch die Klage geltend gemacht werden ſoll, und es gleichwohl keinem von beiden vortheilhaft wäre, den Geſellſchaftscontract aufzuheben. Sind unter denſelben Perſonen verſchiedene Geſellſchaftscontracte abgeſchloſſen worden, ſo reicht für alle zuſammen eine einzige Klage aus[79]). Dem Prozeßrichter iſt bei der Abgabe der Sentenz zur Pflicht gemacht, darauf ſein Augenmerk zu richten, daß den einzelnen Genoſſen für die Verbindlichkeiten, welche ſie im Namen der Societät übernommen haben, entweder Entſchädigung werde, oder wenigſtens Caution für die Rückerſtattung deſſen, was ſie in Folge derſelben künftig zahlen müſſen, beſtellt werde[80]), da die Abzahlung der Societätsſchulden gerade ein vorzüglicher Gegenſtand der Klage iſt[81]); dagegen wird es ihm unterſagt, das Eigenthum der gemeinſchaftlichen Sachen dem Einen von den Genoſſen gegen Geldentſchädigung zuzuſprechen, da die formula der Klage ihm keine Berechtigung zur Adiudication gewährt[82]). Daß die Klage activ[83]) und paſſiv[84]) auf die Erben, ſo weit ſie in die Rechte und Verbindlichkeiten der Verſtorbenen einrücken, übergeht, wird in den römiſchen Rechtsquellen ausdrücklich bezeugt. Bei der Verurtheilung kommt dem Beklagten die Competenzwohlthat jedenfalls zu ſtatten, nicht allein bei der Univerſal-, ſondern auch bei der Particularſocietät[85]). Im zuerſt genannten Falle kommen bei der Vermögensberechnung zum Behufe der Verurtheilung alle anderen Schulden des Beklagten in Abzug; im zuletzt genannten iſt dieß in der Regel nicht der Fall, außer bei den Schulden, welche unmittelbar aus dem Geſellſchaftscontracte herrühren[86]). Eine allgemeine Vorausſetzung zur Competenzwohlthat iſt es, daß der, welcher mit der Klage belangt wird, nicht ſeine Qualität als Geſellſchafter ableugne, weßhalb der Prätor eine caussae cognitio für nothwendig erachtete[87]). Die Wirkung der Competenz erſtreckt ſich nicht auf dasjenige, was der Geſellſchafter in der Abſicht, ſeine Genoſſen zu verkürzen, veräußert oder, da er es hätte erwerben können, nicht erworben hat[88]). Auch kommt die Rechtswohlthat nicht den Erben und Bürgen des Geſellſchafters zu ſtatten, außer wenn die letzteren als Defenſoren des Hauptſchuldners im Prozeſſe

---

78) L. 65. §. 15. D. 17. 2. L. 52. §. 13. D. ibidem.
79) L. 52. §. 14. D. 17. 2.
80) L. 38. pr. D. 17. 2. L. 27. L. 28. L. 67. D. ibid.
81) L. 43. D. 17. 2.
82) L. 43. D. ibid.
83) L. 3. C. 4. 37.
84) L. 35 u. 36. D. 17. 2. L. 63. §. 8. D. ibid.
85) L. 63. pr. D. 17. 2. L. 16. D. de re iudicata. (42. 1.) Vgl. Marezoll in ſeiner Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 14, S. 257—265.
86) L. 63. §. 3. D. 17. 2.
87) L. 67. §. 3. D. 17. 2. L. 22. §. 1. D. 42. 1.
88) L. 63. pr. §. 7. L. 68. §. 1. D. 17. 2.

auftreten[89]). — Daß die Geſellſchaftsklage nicht die einzige Klage ſei, welche unter Geſellſchaftern ſtattfinden könne, ergeben ſchon die Zeugniſſe der Pandektenjuriſten. So concurrirt ſie mit der actio communi dividundo[90]), welche ſich von ihr dadurch unterſcheidet, daß ſie zunächſt die Theilung der gemeinſchaftlichen Sachen zum Zwecke hat, und erſt folgeweiſe die perſönlichen Präſtationen des Genoſſen berückſichtigt[91]), und dieſe Concurrenz beider Klagen iſt eine elective[92]), wofern nicht die Eine derſelben mehr enthält, als die andere[93]). Denn dann verſteht es ſich von ſelbſt, daß die Eine auch nach der anderen noch auf das Mehr gerichtet werden kann[94]). Auch concurrirt die Geſellſchaftsklage mit der actio legis Aquiliae, wenn ein Geſellſchafter durch unvorſichtige Thätigkeit dem Vereine geſchadet hat[95]); mit der furti actio und condictio furtiva, wenn der Genoſſe eine gemeinſchaftliche Sache unterſchlagen hat[96]), und auch hier iſt die Concurrenz der genannten Klagen eine elective, außer inſoweit die Eine auf das Mehr geht oder den Zweck hat, eine Privatſtrafe einzutreiben[97]).

Die Verhältniſſe der Geſellſchafter zu dritten Perſonen betreffend, ſo reguliren ſich dieſe nach den allgemeinen Regeln, welche von Obligationen gelten. Hat nämlich ein Mitglied der Geſellſchaft in deren Namen den Vertrag mit dem Dritten abgeſchloſſen, ſo werden die übrigen Genoſſen aus einem ſolchen Contracte nur inſofern auf ihren Antheil verbindlich, als das aus dem Geſchäfte gelöſte Geld zum Nutzen der Geſellſchaft verwendet worden iſt[98]). Ausnahmsweiſe kann indeß jeder von den Genoſſen auf das Ganze verklagt werden, wenn er entweder zum Abſchluſſe des Contractes ausdrücklich Auftrag gegeben[99]), oder das Geſchäft ſpäterhin genehmigt hat[100]), und dann genießt er nicht einmal die Rechtswohlthat der Theilung[101]). Dabei bleibt es aber dem, welcher für die Geſellſchaft das Ganze gezahlt hat, vorbehalten, die übrigen Genoſſen mit der Geſellſchaftsklage auf Entſchädigung zu belangen[102]). Wenn aber die Geſellſchaft aus dem mit dem Dritten abgeſchloſſenen Vertrage Rechte erwirbt, ſo können in der Regel nicht die einzelnen Societätsglieder die Contractsklage gegen dieſen

---

89) L. 63. §. 1 u. 2. D. 17. 2.
90) L. 13. §. 1. D. 17. 2. L. 43. D. ibid. L. 1 u. 2. D. 10. 3.
91) L. 3. pr. D. 17. 2. L. 38. §. 1. D. ibid.
92) L. 38. §. 1. D. 17. 2.
93) L. 43. D. 17. 2.
94) L. 43. D. 17. 2.
95) L. 47. §. 1. L. 48. 49. 50. D. 17. 2.
96) L. 45. 46. 47. pr. D. 17. 2.
97) L. 45. L. 47. pr. L. 50. D. 17. 2.
98) L. 82. D. 17. 2. L. 44. §. 1. D. de aedil. ed. (21. 1.) L. 27. D. 17. 2.
99) L. 14. D. de institoria actione. (14. 3.) L. 13. §. 2. D. ibid. L. 4. §. 1. D. de exercitoria actione. (14. 1.)
100) L. 12. §. 4. D. de solutionibus et liberationibus. (46. 3.) L. 60. D. de regulis iuris. (50. 17.)
101) L. 1. §. 25. u. L. 2. D. 14. 1.
102) L. 14. D. 14. 3.

anſtellen, ſondern nur der Bevollmächtigte, durch welchen ſie contrahirten[103]), und nur, wenn die Genoſſen auf keine andere Weiſe zu ihrem Rechte kommen können, wird ihnen nach Analogie der Grundſätze, welche vom institor gelten, die Contractsklage als utilis gegen den Dritten gewährt[104]).

Die Auflöſung des Geſellſchaftscontractes kann auf verſchiedenen Wegen herbeigeführt werden. Zunächſt entſcheiden hier die contractlichen Beſtimmungen über die Beſchränkung des Vereines auf eine beſtimmte Zeit oder über die Aufhebung deſſelben bei dem Eintritte einer Reſolutivbedingung[105]). Iſt nichts Beſonderes über die Dauer des Contractes ausgemacht, ſo entſcheiden folgende allgemeine Gründe: 1) Die capitis deminutio maxima oder media, welche einer von den Geſellſchaftern erleidet[106]). 2) Der Verluſt des ganzen Vermögens von Seiten des Genoſſen, ohne Unterſchied, ob er durch Confiscation[107]) oder durch Concurs[108]) herbeigeführt wird. Eine Ausnahme iſt wohl nicht einmal dann zu rechtfertigen, wenn der um das Vermögen gekommene Genoſſe nur Dienſte für die Geſellſchaft zu leiſten hatte. 3) Der Tod des Einen von den Geſellſchaftern[109]). Wenn mehr als zwei Geſellſchaftsglieder vorhanden ſind, löſet der Tod des Einen die Geſellſchaft auch unter den Ueberlebenden auf[110]); doch kann das Gegentheil gleich bei dem Abſchluſſe des Contractes verabredet werden, daß nämlich dieſer unter den Ueberlebenden fortdauern ſolle, was dann als eine neue Societät betrachtet werden muß. Die Erben als ſolche treten auf keine Weiſe in das Societätsverhältniß ihres Erblaſſers ein, ſelbſt dann nicht, wenn dieß gleich von Anfang an verabredet wäre[111]); erſt durch die Aufnahme von Seiten der übrigen können ſie socii werden, wozu aber keine Verpflichtung beſteht[112]). Nur bei den Geſellſchaften, welche zuſammentreten, um dem Staate Abgaben abzupachten (societates vectigalium), wird der Erbe unter der Vorausſetzung, daß der Antheil des Verſtorbenen ausdrücklich auf ihn mit eingeſchrieben iſt[113]), bis zur Beendigung der Pachtung als Theilnehmer in Beziehung auf Gewinn und Verluſt behandelt, wenn er

---

103) L. 38. §. 17. D. de verborum obligationibus. (45. 1.) L. 126. §. 2. D. ibid.

104) L. 1. u. L. 2. D. 14. 3. L. 5. D. de stipulationibus praetoriis. (46. 5.)

105) L. 1. pr. D. 17. 2.

106) Caius inst. III. §. 153. L. 63. §. 10. L. 65. §. 11. L. 58. §. 2. L. 4. §. 1. D. 17. 2.

107) §. 7. J. 3. 25. L. 65. §. 12. D. 17. 2.

108) Caius inst. III. §. 154. L. 65. §. 1. D. 17. 2. §. 8. J. 3. 25. Vgl. L. 4. §. 1. D. 17. 2.

109) L. 4. §. 1. L. 65. §. 9. D. ibid. Caius inst. III. §. 152., §. 5. J. 3. 25.

110) L. 65. §. 9. D. 17. 2. §. 5. J. 3. 25.

111) L. 35—37. L. 52. §. 9. L. 59. pr. L. 65. §. 9 u. 11. D. 17. 2.

112) L. 37. D. 17. 2. L. 65. §. 8. D. ibid.

113) L. 59. pr. D. 17. 2.

auch die übrigen Rechte der Genoſſen, z. B. das Stimmrecht, entbehrt[114]). Allein auch bei anderen Societäten iſt der Erbe verpflichtet, ein vom Erblaſſer begonnenes Societätsgeſchäft ins Reine zu bringen, und haftet dabei für dolus und culpa lata[115]). 4) Die Unmöglichkeit oder Beendigung des Geſchäftes, welches den Gegenſtand der Societät bildet[116]). 5) Der Untergang der Sache, welche das Object des Contractes iſt, oder wenn ſie dem Verkehre entzogen wird[117]). 6) Die Anſtellung einer Klage, welche die Trennung der Geſellſchaft bezweckt[118]). 7) Die Vornahme einer Stipulation, welche die aus der Societät entſtehenden Verbindlichkeiten durch Novation in eine andere Obligation verwandelt[119]). 8) Durch gegenſeitigen Diſſenſus[120]), welcher auch ſtillſchweigend erklärt werden kann, z. B. wenn Handelsgenoſſen für ſich allein zu handeln anfangen[121]). 9) Einſeitiger Rücktritt, welcher in der Kunſtſprache der römiſchen Juriſten renunciatio genannt wird[122]), und nicht allein mit Worten, ſondern auch ohne dieſe durch concludente Handlungen erklärt werden kann. Dieſer Rücktritt iſt dem Genoſſen zu jeder Zeit erlaubt, ſelbſt dann, wenn ausgemacht iſt, daß der Contract nicht vor dem Ablaufe einer beſtimmten Zeit gekündigt werden ſolle, vor dem Ablaufe dieſer Friſt[123]). Daher der Vertrag, durch welchen man ſich des Rechtes der Aufkündigung für immer begibt, geradezu für wirkungslos erklärt wird[124]). Der Grund dieſer Eigenthümlichkeit iſt wohl nicht gerade in dem republicaniſchen Sinne des römiſchen Volkes zu ſuchen, auch nicht in der alten Aufkündigung der Freundſchaft[125]), noch viel weniger in der Anſicht, als ob die Römer Feinde jeder Communio ſeien und ſie als eine unverſiegbare Quelle unendlicher Streitigkeiten betrachten[126]), ſondern liegt einfach in den Grundzügen des Contractes vor, welcher nach den Anſichten der römiſchen Rechtsgelehrten nur ſo lange Beſtand und Dauer haben kann, als die Genoſſen ihn fortzuſetzen Willens ſind[127]). Für die Form der Renunciation finden wir in den römiſchen Rechtsquellen keine ſpeciellen Beſtimmungen vor. Daß ſie durch den Procura-

---

114) L. 59. pr. D. 17. 2. L. 63. §. 8. D. ibid. Vgl. Puchta a. a. O. S. 401.
115) L. 40. D. 17. 2. L. 35. D. ibid.
116) L. 58. pr. D. 17. 2. L. 63. §. 10. D. ibid. §. 6. J. 3. 25.
117) L. 63. §. 10. D. 17. 2.
118) L. 63. §. 10. L. 65. pr. D. 17. 2.
119) L. 65. pr. D. 17. 2.
120) L. 65. §. 3. D. 17. 2. Caius inst. III. §. 151. §. 4. J. 3. 25.
121) L. 64. D. 17. 2.
122) Caius inst. III. §. 151. §. 4. J. 3. 25. L. 65. D. 17. 2. Vgl. Roman, über den einſeitigen Rücktritt von einem geſchloſſenen Geſellſchaftscontracte und deſſen rechtlichen Wirkungen. Heilbronn 1825. Höpfner, über den einſeitigen Rücktritt vom Geſellſchaftsvertrage, im Archiv für civiliſtiſche Praxis Bd. 17, S. 262—279 und S. 440—458.
123) L. 14—16. D. 17. 2.
124) L. 14. D. ibid.
125) Vgl. Roman a. a. O. §. 3—5.
126) Vgl. Höpfner a. a. O. Th. 17, S. 279.
127) Caius inst. III. §. 151. §. 4. J. 3. 25.

tor geſchehen[128]), und an den Procurator des Gegners abgegeben werden kann[129]), unterliegt keinem Zweifel. Für die Wirkung der Renunciation finden ſich in den römiſchen Rechtsquellen folgende genauere Beſtimmungen. I. Der einſeitige Rücktritt löſet zwar jedenfalls das Geſellſchaftsverhältniß, befreit aber nicht immer den Zurücktretenden von ſeinen Verbindlichkeiten aus dem Contracte. Dieß findet ſtatt a) wenn die Aufkündigung an einen abweſenden Genoſſen geſchieht. Hier verliert der Renunciant ſeine Societätsrechte vom Augenblicke der Aufkündigung an, aber von ſeinen Societätsverbindlichkeiten wird er erſt von der Zeit an frei, wo ſein Genoſſe von der Aufkündigung Nachricht erhält[130]). b) Wenn er durch unzeitige Aufkündigung (intempestiva renuntiatio) ſeine Societätspflicht verletzt[131]). Dieſe Verletzung hat die ſehr natürliche Folge, daß der Genoſſe alle Rechte aus der Societät verliert, und alle Verpflichtungen annoch anerkennen muß, inſoweit dieß zur Entſchädigung der Genoſſen der Richter für nothwendig erachtet. Zur Beurtheilung der Sache geben die römiſchen Rechtsquellen die Regel an die Hand, daß jede Renunciation für unzeitig zu erachten ſei, welche zu einer Zeit geſchieht, wo der Geſellſchaft daran gelegen ſein mußte, daß die Societät erhalten werde[132]). c) Wenn dem Geſellſchaftsvertrage die Bedingung hinzugefügt iſt, daß derſelbe nicht binnen einer beſtimmten Zeitfriſt aufgehoben werden ſolle und die Kündigung vorher erfolgt, ohne daß dem Kündigenden ein gerechter Grund des Austrittes zu ſtatten kommt. d) Wenn ſein Rücktritt durch eine gerechte Urſache motivirt wird[133]). Als ſolche Gründe anerkennt das römiſche Recht Folgendes: wenn der andere Genoſſe ſeine Contractsverbindlichkeiten nicht erfüllt, oder der Societät Schaden zufügt, oder durch ſein Betragen dem Anderen Ehrenkränkungen verurſacht, wenn die Benutzung der Sache, welche den Gegenſtand des Geſellſchaftscontractes ausmacht, unthunlich wird, oder wenn der, welcher zurücktritt, in öffentlichen Angelegenheiten oder ſonſt gegen ſeinen Willen abweſend, und auch ſonſt außer Stande iſt, die Societätsgeſchäfte durch einen Bevollmächtigten oder ſeinen Mitgenoſſen betreiben zu laſſen. e) Wenn der Genoſſe in der Abſicht, die Geſellſchaft um einen erlaubten Gewinn zu bringen und ſich denſelben zuzueignen, die Kündigung ausbringt[134]) (dolosa renunciatio). In dieſem Falle kann der Renuntiant von den anderen Genoſſen gezwungen werden, dasjenige, was er durch ſeinen Dolus gewonnen hat, in die Geſellſchaftsmaſſe einzuwerfen, während er den Schaden, der ihm daraus erwächſt, allein zu tragen haben wird. Auf weitere Erwerbungen nach der Renunciation erſtreckt ſich die Collationspflicht des Zurücktretenden nicht.

---

128) L. 65. §. 7. D. 17. 2.
129) L. 65. §. 8. D. ibid.
130) L. 17. §. 1. D. 17. 2.
131) L. 17. §. 2. L. 65. §. 4—6. D. 17. 2.
132) L. 65. §. 5. D. 17. 2.
133) L. 65. §. 6. D. 17. 2. L. 14—16. D. ibid.
134) L. 65. §. 3. D. 17. 2. Caius inst. III. §. 151. §. 4. J. 3. 25.

II. Die durch die Renunciation herbeigeführte Auflöſung des contractlichen Verhältniſſes betrifft nicht den Renuncianten ſelbſt, ſondern hebt die Geſellſchaft auch unter den übrigen Genoſſen auf. Setzen dieſe alſo auch fernerhin die Geſellſchaft fort, ſo iſt dieß eine neue, wofern nicht gleich bei der Schließung des Vertrages das Fortbeſtehen derſelben unter den Uebrigen ausgemacht worden iſt [135]). Heimbach.

Geſetz. Begriff deſſelben. Unter Geſetz im allgemeinſten Sinne verſtehen wir die Idee des nothwendigen Geſchehens, oder deutlicher: jede Vorſchrift, Anordnung oder Einrichtung, welche wir uns als von einem höheren Willen getroffen denken, inſofern in Folge derſelben etwas in einem beſtimmten Maße mit Nothwendigkeit geſchehen ſoll oder muß. Es unterſcheidet ſich alſo der Begriff des Geſetzes von dem der Regel dadurch, daß wir die letztere uns nicht als von einer höheren Macht ausgegangen denken und daß wir ihr eben deßhalb den Charakter der Nothwendigkeit nicht beilegen. — Jene Nothwendigkeit ſelbſt, die den Charakter des Geſetzes ausmacht, heißt eine phyſiſche, und das Geſetz ein Naturgeſetz, wenn beide ſich auf das Reich der Natur beziehen. Dahin gehören auch die Geſetze der geiſtigen Natur des Menſchen, die pſychologiſchen ſowohl, als die logiſchen oder eigentlich ſogenannten Denkgeſetze. Man nennt aber die Nothwendigkeit eine moraliſche und das Geſetz ein Freiheitsgeſetz, wenn von einer Nothwendigkeit im Reiche der menſchlichen Freiheit die Rede iſt. Das Naturgeſetz enthält ſtets ein wirkliches Müſſen, das Freiheitsgeſetz aber an ſich nur ein Sollen. Bei dieſem Sollen verbleibt es auch allenthalben, wo ſich das Geſetz auf die innere (moraliſche — nicht pſychologiſche) Freiheit bezieht. Betrifft es aber die äußere Freiheit (wie die meiſten Geſetze im Staate), ſo wird aus dem Sollen ein Müſſen, wenn die Befolgung des Geſetzes durch eine höhere Macht (des Staates) erzwungen wird.

Die Nothwendigkeit kann in beiden Beziehungen als eine abſolute oder als eine hypothetiſche gedacht werden. Somit wird auch das Freiheitsgeſetz bald ein abſolutes, bald ein hypothetiſches ſein; das abſolute ein ſolches, dem wir ſchlechterdings gehorchen ſollen, oder gar müſſen, wir mögen wollen oder nicht; das hypothetiſche ein ſolches, dem wir nur inſofern zu gehorchen brauchen, als wir einen gewiſſen Zweck erreichen wollen, deſſen Befolgung alſo zwar relativ nothwendige Bedingung zur Erreichung dieſes Zweckes iſt, wobei es aber doch immer noch entweder in unſerer Willkür ſteht, ob wir den Zweck ſelbſt verfolgen wollen, oder, wo die vielleicht abſolute Nothwendigkeit, nach Verwirklichung jenes Zweckes zu ſtreben, wenigſtens nicht durch dieſes, ſondern durch ein anderes Geſetz bedingt iſt. — Auch das Recht beruht auf der Idee der Nothwendigkeit; aber dieſe Nothwendigkeit iſt eine blos hypothetiſche, ſo lange die Vernunft allein als Quelle des Rechtes betrachtet wird. Das Rechtsgeſetz des Vernunftrechtes iſt kein Gebot oder Verbot, nicht einmal in Bezug auf die äußere Freiheit des Menſchen;

---

135) L. 65. §. 3. D. 17. 2. §. 4. J. 3. 25.

ſondern es iſt blos eine Wahrheit — es iſt der Ausdruck einer hypothetiſchen (logiſchen) Nothwendigkeit, angewendet auf den Gebrauch der äußeren Freiheit im Verhältniſſe der, in Zeit und Raum zuſammenlebenden Menſchen, d. i. die Erklärung, daß etwas in den Verhältniſſen des Zuſammenlebens der Menſchen in Zeit und Raum, dergeſtalt, daß die gleiche äußere Freiheit Aller dabei beſtehen könne, möglich oder unmöglich ſei. Es iſt alſo nicht an den Willen gerichtet, ſondern nur ein Gegenſtand des erkennenden Verſtandes. Somit tritt ein doppelter Unterſchied zwiſchen Rechtsgeſetz und Sittengeſetz klar hervor. Das Sittengeſetz iſt eine Norm, nicht für die äußere, ſondern für die innere Freiheit des Menſchen. Es ſchreibt ihm nicht ſowohl vor, was er thun, als vielmehr, was er wollen, und wie er geſinnt ſein ſoll. Das Rechtsgeſetz bezieht ſich nur auf die äußere Freiheit des Menſchen und die äußere Richtung ſeiner That. Das Sittengeſetz beruht ferner auf einer abſoluten Nothwendigkeit: der Menſch ſoll unter allen Umſtänden, und abgeſehen von allen ſonſtigen Zwecken, ſittlich handeln — das Rechtsgeſetz der Vernunft beruht blos auf einer hypothetiſchen Nothwendigkeit, und lautet nur: Inſofern mehrere in Zeit und Raum mit einander lebende Menſchen ſämmtlich gleiche Freiheit genießen ſollen, ſo darf dieß oder jenes nicht geſchehen. Hiergegen läßt ſich zwar der ſcheinbare Einwurf machen, daß doch die Vernunft ganz unſtreitig auch eine Verpflichtung des Willens anerkenne, nichts zu thun, was mit der gleichen Freiheit Aller unvereinbar ſein würde. Allein dieſe Vorſchrift der Vernunft iſt ſchon nicht mehr Rechtsgeſetz, ſondern nur eine beſondere Geſtaltung des Sittengeſetzes. — Das Geſetz im Staate, das poſitive Geſetz, im Gegenſatze zum Vernunftgeſetze, ſoll eigentlich ebenfalls den Ausdruck einer Nothwendigkeit, ſei es einer abſoluten oder einer hypothetiſchen, enthalten. Indeſſen gibt man den Namen eines Geſetzes nicht ſelten allen und jeden, durch die verfaſſungsmäßigen Organe gegebenen Erklärungen des Staates, welche ſich auf ſeine Angehörigen beziehen, möge eine ſolche Erklärung nun die juriſtiſche Perſönlichkeit des Staates, oder die Verhältniſſe der Staatsbürger als einer Geſellſchaft, oder den Staat ſelbſt als Anſtalt betrachtet, angehen. So heißt es ein Geſetz, wenn die Regierung beſchließt und öffentlich erklärt, daß ſie Papiergeld ausgeben, den Münzfuß verändern, dieſes oder jenes Inſtitut im Lande begründen wolle u. ſ. w. Auch die Staatsgrundgeſetze ſind hierher zu zählen, wiewohl ſie ihrer Natur nach, wenigſtens zum Theil, mehr den Verträgen angehören. Im engeren und eigentlicheren Sinne aber heißt im Staate Geſetz derjenige Ausdruck des Geſammtwillens, welcher beſtimmt iſt, den Staatsgenoſſen bei ihren Handlungen als Richtſchnur zu dienen. — In der engſten Bedeutung endlich iſt Geſetz derjenige Ausdruck des Geſammtwillens, welcher ein Gebot oder Verbot enthält. Zwar wird bisweilen auch von Erlaubnißgeſetzen (leges permissivae) geſprochen. Dergleichen gibt es jedoch eigentlich nicht. Denn dem Menſchen iſt auch im Staate Alles erlaubt, was dem Rechte und den Geſetzen nicht entgegen iſt, auch nicht (wie etwa Amtshandlungen) der vorgängigen Verleihung einer beſonderen Befugniß bedarf. Somit kann man unter

Erlaubnißgeſetzen nur diejenigen verſtehen, durch welche ein bisheriges Verbot unbedingt oder bedingungsweiſe wiederum aufgehoben wird[1]).

Eintheilungen der Geſetze.

Die Geſetze werden zwar außer den ſchon angegebenen Eintheilungen in Vernunftgeſetze und poſitives Geſetz, Rechtsgeſetz und Sittengeſetz u. ſ. w., noch auf mannigfaltige andere Weiſe eingetheilt, z. B. nach dem Urheber (göttliche — menſchliche Geſetze) — nach den Mitteln, wodurch ſie aufrecht erhalten werden (Civilgeſetze, zu deren Aufrechthaltung bloßer Civilzwang angewendet wird, und Strafgeſetze — von denen die Criminalgeſetze wiederum eine beſondere Gattung ſind — ſolche, deren Uebertretung mit Strafe bedroht iſt). Hauptſächlich wichtig aber, um das Weſen der Geſetze zu erkennen, ſind die Eintheilungen, bei welchen man I. den allgemeinen Gegenſtand, II. den allgemeinen Inhalt, III. den Umfang der Geltung der Geſetze als Eintheilungsgrund annimmt.

Zu I. Erwägt man den allgemeinen Gegenſtand der Geſetze, ſo bezieht ſich das Geſetz entweder auf den Staat in ſeiner Eigenſchaft als Perſon, oder auf die Erforderniſſe deſſelben als Anſtalt, oder auf die unmittelbaren Zwecke des Staates, als Geſellſchaft. Zur erſten Claſſe gehören die Staatsgrundgeſetze, ſodann diejenigen, welche gleichſam eine weitere Ausführung der Grundgeſetze ſind, und die Theilnahme der Bürger an den öffentlichen Angelegenheiten beſtimmen (man bezeichnet ſie mit dem beſonderen Namen der Verfaſſungsgeſetze), — endlich noch die, welche die Verbindlichkeiten feſtſetzen, die den Mitgliedern der Staatsgeſellſchaft gegen den Staat als Perſon obliegen, z. B. Recrutirungsgeſetze. — Betrachtet man den Staat als Anſtalt, ſo erkennt man in dieſer Beziehung Geſetze, welche beſtimmt ſind, den Staat als Anſtalt zu organiſiren (organiſche Geſetze), nächſtdem Beſtimmungen über die Verwaltung des Staates als Anſtalt, welche wiederum theils die Formen regeln, in welchen dieſe Verwaltung geſchehen ſoll, theils die Verbind-

1) Vgl. Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechtes und der Staatswiſſenſchaften (Stuttgart 1829) Bd. 1, allgem. Einl. §. I—XIII. — In Bezug auf Geſetz überhaupt ſ. J. Iſelins Verſuch über die Geſetzgebung. Zürich 1759. — Catharina II., Inſtruction für die zu Verfertigung des Entwurfes zu einem neuen Geſetzbuche verordn. Commiſſ. (mit Beil. von L. A. Schlözer). Riga und Mitau 1768. — Mably, über die Grundſ. der Geſetzgebung. Nürnb. 1779. — J. G. Schloſſer's 1. bis 5. Brief üb. Geſetzgebung überhaupt und den Entwurf des preuß. Geſetzbuches insbeſ. Frankf. a. M. 1789—90. — Chr. Dan. Ehrhardt's Betrachtungen üb. Leopold's des Weiſen Geſetzgebung in Toscana. Dresden 1791. — K. F. Klinkhardt, Ideen zur Philoſophie der Geſetzgebung. Karlsruhe 1792. — Reitemaier, üb. die Redaction eines neuen teutſchen Geſetzbuches. Frankf. a. d. O. 1800. — Geſpräch üb. die Geſetzgebung und Rechtswiſſenſchaft in Teutſchland, v. Nth. Schlichtegroll. München 1818. — E. W. v. Reibnitz, Aphorismen üb. die Formation der Geſetzbücher. Breslau 1818. — Graf Deſtutt de Tracy, Charakterzeichnung der Politik aller Staaten der Erde; krit. Comment. üb. Montesquieus Geiſt der Geſetze, nebſt zwei Anhangsſchriften von demſ. Verfaſſ. und von Condorcet; überſ. und gloſſirt von K. E. Morſtadt. Heidelb. 1820. — Alex. Müller, die Fortbildung der Geſetzgebung im Geiſte der Zeit. Cöln 1836.

lichkeiten verkündigen, welche den Staatsangehörigen in dieſer Hinſicht obliegen ſollen. — Was den Staat als Geſellſchaft und ſeine unmittelbaren Zwecke betrifft, ſo ſind die letzteren, wie das Staatsrecht lehrt, der Juſtizzweck und der Wohlfahrtszweck. Die Anordnungen in Bezug auf den erſteren nennt man vorzugsweiſe Rechts- oder Juſtizgeſetze — jene aber, welche den Wohlfahrtszweck betreffen, Wohlfahrtsgeſetze, oder wohl auch Regierungsgeſetze. Die Juſtizgeſetze bezeichnet man bisweilen auch als privatrechtliche Geſetze, und ſetzt ſie allen übrigen bisher genannten Claſſen entgegen, die man alsdann unter dem Geſammtnamen der Geſetze des öffentlichen Rechtes begreift. Dann nimmt man freilich die Ausdrücke „öffentliches Recht" und „Privatrecht" in einem beſonderen Sinne, und verſteht unter Privatrecht dasjenige Recht, welches ſich auf die Privat- oder perſönlichen Güter nicht nur der Privatperſonen, ſondern auch des Staates ſelbſt in ſeiner dreifachen Geſtaltung bezieht — unter öffentlichem Rechte aber die Normen für die, zwiſchen dem Staate als ſouveräner Perſon, als Geſellſchaft und als Anſtalt einerſeits, und den Mitgliedern der Staatsgeſellſchaft andererſeits ſtattfindenden rechtlichen Verhältniſſe. — Unter den Geſetzen, welche den Wohlfahrtszweck betreffen, laſſen ſich diejenigen, welche dieſen Zweck poſitiv zu fördern beſtimmt ſind, unterſcheiden von denen, welche ihn negativ, d. i. durch Beſeitigung deſſen, was ſeiner Verwirklichung hinderlich ſein könnte, befördern ſollen. Die erſteren haben keinen beſonderen Namen; man könnte ſie allenfalls Wohlfahrts- oder Regierungsgeſetze im engeren Sinne nennen, die letzteren aber heißen Polizeigeſetze; und zwar Sicherheitspolizeigeſetze, wenn ſie den Zweck haben, den böſen Willen derer zu vereiteln, welche Rechtsverletzungen beabſichtigen — und Wohlfahrtspolizeigeſetze, wenn ſie zu Abwendung derjenigen Uebel beſtimmt ſind, welche nicht aus der rechtswidrigen Abſicht übelgeſinnter Menſchen, ſondern aus Unverſtand und Unvorſichtigkeit hervorgehen, wodurch die Menſchen ſich oder anderen ſchaden können — oder als Folge natürlicher verſchuldeter oder unverſchuldeter Schwäche und Unvollkommenheit der Einzelnen, oder endlich als Wirkung der Naturkräfte den Menſchen bedrohen.

Zu II. Ein anderer Geſichtspunkt, aus welchem die Verſchiedenheit der Geſetze betrachtet werden ſoll, iſt der Inhalt derſelben. Hier ſtellen ſich zuerſt drei Hauptclaſſen dar. A. Der Staat erklärt im Geſetze, daß er ſelbſt etwas auf ſeine inneren Verhältniſſe Bezügliches thun will. Dieſe Thätigkeit des Staates iſt entweder eine ſolche, welche Beziehung hat auf die Handlungen der Privatperſonen, indem er z. B. erklärt, daß er dieſe oder jene Handlung ſo oder anders beſtrafen wolle, daß er in dieſem oder jenem Falle Rechtshilfe gewähren wolle oder nicht, daß er ein bisher beſtandenes Gebot oder Verbot aufhebe, alſo erlaube, was bisher nicht erlaubt war u. ſ. w. — oder es hat jene Willensäußerung keine ſolche Beziehung — der Staat erklärt z. B., daß Papiergeld gemacht und ausgegeben, oder vernichtet und zurückgegeben, daß eine Univerſität oder ſonſtige Anſtalt gegründet oder aufgehoben werden ſolle u. dergl. — B. Der Staat erklärt ſich über die öffentlichen und privatrechtlichen Be-

fugniſſe, Anſprüche und Verbindlichkeiten der dem Geſetze unterworfenen Perſonen, und ſetzt feſt, was in dieſen Beziehungen ſein, gelten und geſchehen ſoll. C. Er gibt Beſtimmungen darüber, auf welche Weiſe die Rechte geltend gemacht und die Erfüllung der Verbindlichkeiten erzwungen werden ſoll, inſoweit nämlich hierzu eine Thätigkeit des Staates erforderlich iſt. Geſetze dieſer Art heißen Prozeßgeſetze im weiteren Sinne. Alle dieſe Eintheilungen beziehen ſich auf die Materie des Inhaltes. Es läßt ſich aber der Inhalt der Geſetze auch in Bezug auf die formale Richtung deſſelben betrachten, und in dieſer Hinſicht erſcheint das Geſetz theils als ein ordinatives, theils als ein regulatives, theils als ein dispoſitives. Ein ordinatives Geſetz nennen wir ein ſolches, welches anordnet, was geſchehen oder unterbleiben ſoll und muß. Dieſe Gattung zerfällt in Präceptivgeſetze, worinnen etwas geboten wird — und Prohibitivgeſetze, worinnen etwas verboten wird. — Regulative Geſetze ſind a) ſolche, welche gewiſſe Sätze, die das Vernunftrecht nur im allgemeinen feſtſtellt, genauer beſtimmen und ſtatt der fließenden Größen beſtimmte Normen geben, oder b) ſolche, die einer Handlung, einem Ereigniſſe, Zuſtande oder Verhältniſſe der Menſchen rechtliche Wirkungen beilegen, die außerdem nicht daraus folgen würden (namentlich auch gegen dritte Perſonen), oder ihnen Wirkungen entziehen, die an und für ſich daraus folgen würden. Während ſolchergeſtalt die Ordinativ- und Regulativgeſetze feſtſtellen, was ſein oder nicht ſein, gelten oder nicht gelten ſoll, iſt der Zweck der Dispoſitivgeſetze der, eine Beſtimmung zu geben, was hinſichtlich ſtreitiger Thatſachen, beſonders aber bei Zweifeln über das, was der eigentliche Inhalt einer Willenshandlung geweſen ſei, bis zum Beweiſe des Gegentheiles (wohl gar mit Ausſchluß deſſelben) als wahr und rückſichtlich als das von den Intereſſenten eines Rechtsgeſchäftes Gewollte angeſehen werden ſoll. — Wohl zu unterſcheiden von dem formellen und materiellen Inhalte der Geſetze ſind übrigens die unter B. und C. erwähnten, theils die Rechte und Verbindlichkeiten ſelbſt, theils ihre Geltendmachung und die dabei anzuwendenden Formen betreffenden Beſtimmungen, welche man in Ermangelung einer anderen Terminologie auch oft materielle und formelle Beſtimmungen zu nennen pflegt.

Zu III. Der dritte Geſichtspunkt, aus welchem betrachtet die Geſetze wichtige Verſchiedenheiten darbieten, iſt der des **Umfanges** ihrer Geltung. Hier iſt vor allem der intenſive Umfang vor dem extenſiven zu unterſcheiden. Hinſichtlich des intenſiven Umfanges ſind ſie entweder abſolute oder hypothetiſche. Die abſoluten Geſetze, d. h. Geſetze von abſoluter Geltung, ſind ſolche, welche unbedingt Beachtung fordern, mithin auch durch den Willen der dem Geſetze unterworfenen Staatsbürger keineswegs abgeändert werden können. Die hypothetiſchen ſind ſolche, welche eine dergleichen unbedingte Beachtung nicht fordern, und deren Beſtimmungen durch Privatwillkür abgeändert werden können. Ein abſolutes Ordinativgeſetz iſt alſo ein ſolches, deſſen Befolgung der Staat ſchlechterdings fordert. Dahin gehören z. B. die wiewohl in den Geſetzen ſelten ausdrücklich ausgeſprochenen, ſondern als von ſich ſelbſt verſtehend vorausgeſetzten Verbote des Mordes, Diebſtahls und anderer

gemeiner Verbrechen. Ein hypothetiſches Ordinativgeſetz hingegen iſt ein ſolches, wo der Staat das darin enthaltene Verbot oder Gebot nur auf Anſuchen einer Privatperſon geltend macht, z. B. das Verbot, daß Perſonen, die nicht Meiſter eines Handwerkes ſind, die Arbeiten dieſes Handwerkes nicht fertigen ſollen. — Ein abſolutes Regulativgeſetz iſt z. B. die Strafbeſtimmung in einem Strafgeſetze; die Vorſchrift der Formalitäten bei einem Teſtamente — ein hypothetiſches: die Beſtimmung der Inteſtaterbfolge. — Hypothetiſche Dispoſitivgeſetze ſind ſolche, welche beſtimmen, was bei Willenshandlungen, namentlich aber bei Contractsverhältniſſen im Zweifelsfalle und inſoweit die Intereſſenten nichts Anderes feſtgeſetzt haben, als Inhalt ihres Willens angeſehen werden ſoll — abſolute Dispoſitivgeſetze aber ſolche, wo die in ihnen aufgeſtellte Präſumtion ſich auf irgend etwas Anderes, auf eine Thatſache im engeren Sinne bezieht. Was den extenſiven Umfang der Geſetze betrifft, ſo gelten ſie entweder in Rückſicht auf alle Umſtände, Verhältniſſe und Perſonen, oder ihre Geltung iſt beſchränkt, a) durch die Rückſicht auf äußere Momente, von welchen der Eintritt ihrer Wirkung abhängig gemacht iſt (Geſetze von bedingter Geltung), b) dadurch, daß ſie nur für gewiſſe Verhältniſſe und Zuſtände gegeben ſind, c) dadurch, daß ſie nicht für alle Perſonen überhaupt, ſondern nur für diejenigen gelten, die ſich innerhalb des Staatsgebietes befinden, während andere von den Staatsbürgern auch außerhalb der Heimath, im Auslande beobachtet werden müſſen — aa) ſowohl für die, welche ihren weſentlichen Wohnſitz dort haben (die eigentlichen Staatsbürger), als auch für Fremde, die ſich nur eine Zeit lang im Staatsgebiete aufhalten — bb) nur für die eigentlichen Staatsbürger, 1) Vorſchriften für alle Staatsbürger — 2) Vorſchriften für beſondere Claſſen derſelben — 3) Anweiſungen für die Beamten des Staates. — Kaum iſt nöthig zu bemerken, daß man nicht glauben dürfe, als ob die im Staate erſcheinenden Geſetze, die oft eine große Menge verſchiedenartiger Verfügungen enthalten, ohne Weiteres entweder unter dieſe oder unter jene der ſo eben angegebenen verſchiedenen Claſſen geſtellt werden könnten. Vielmehr kommt es ungemein häufig vor, daß die eine Beſtimmung eines Geſetzes in die eine, die andere in eine andere Claſſe gehört — ja es **muß** nothwendig jede einzelne Dispoſition in der einen Hinſicht zur erſten, in einer anderen zur zweiten, in einer dritten zur dritten Claſſe gehören; und ſelbſt in dieſen einzelnen Claſſen werden wiederum die verſchiedenen Eintheilungsgründe verſchiedene Stellungen der einzelnen Geſetzbeſtimmungen bedingen. So wird z. B. ein Geſetz über die Inteſtaterbfolge hinſichtlich ſeines allgemeinen Gegenſtandes zu den Rechtsgeſetzen (Claſſe I), hinſichtlich ſeines Inhaltes (Claſſe II), ſo viel den materialen Inhalt betrifft, zu denen gehören, welche die Befugniſſe, Rechte und Verbindlichkeiten der Privatperſonen betreffen; in Anſehung ſeines formalen Inhaltes aber würde es unter die Regulativgeſetze zu ſtellen ſein. In Hinſicht auf den Umfang der Geltung endlich (Claſſe III) wäre es, wenn man den intenſiven Umfang ins Auge faßt, ein hypothetiſches — wenn man endlich den extenſiven Umfang betrachtet, ein beſchränktes Geſetz von der oben unter b) erwähnten Gattung, alſo

derer, welche ſich auf gewiſſe Verhältniſſe und Zuſtände beziehen. — Noch iſt zu erwähnen der Unterſchied, welcher in Staaten, die eine Repräſentativverfaſſung haben, zwiſchen „Geſetzen" im eigentlichen Sinne und „Verordnungen" gemacht zu werden pflegt. Beide ſind Geſetze — die erſteren ſolche, welche der Verfaſſung gemäß von der Staatsregierung mit Zuziehung und Einwilligung der Volksvertreter gegeben werden müſſen — die letzteren ſolche, bei denen es dieſer Zuziehung und Einwilligung nicht bedarf, ſondern welche von der Staatsregierung allein erlaſſen werden. Die Frage, in welchen Fällen zur Giltigkeit einer geſetzlichen Beſtimmung die Theilnahme der Volksvertreter nöthig und wo ſie nicht nöthig ſei, läßt ſich nicht im allgemeinen, ſondern nur aus den Grundſätzen des öffentlichen Rechtes eines jeden einzelnen Staates beantworten. Nur ſo viel möchte als generelles Princip geltend gemacht werden können, daß alle geſetzliche Beſtimmungen, welche hinſichtlich ihres allgemeinen Gegenſtandes ſich auf den Staat als Perſon beziehen, und von den übrigen alle diejenigen, durch welche feſtgeſtellt wird, daß die Staatsangehörigen irgend etwas thun (alſo auch geben) oder unterlaſſen, oder ſich gefallen laſſen ſollen, wozu ſie nach dem bisherigen Rechte nicht verbunden waren, als wirkliches Geſetz angeſehen werden muß, welches nur mit Genehmigung der Volksvertretung, nicht aber in Form einer bloßen Regierungsverordnung erlaſſen werden darf. Behauptet die Regierung auf der einen, oder die Volksvertretung auf der anderen Seite, daß etwas Anderes Rechtens ſei, ſo muß es von den Behauptenden aus der Verfaſſung bewieſen werden. Manche Polizeiverordnungen ſcheinen zwar eine Ausnahme zu machen. Dieſe Ausnahme iſt aber in der That nur ſcheinbar, denn es ſteht der Natur der Sache nach in jedem Staate, welches auch ſeine Verfaſſung ſei, der Regierung das Recht zu, das Gemeinſchädliche oder auch nur Gemeingefährliche zu verhüten, ſo wie es als ein allgemeines Geſetz anzuſehen iſt, daß das Gemeinſchädliche und Gefährliche von Niemandem gethan werden ſolle. Verbietet nun die Regierung eine einzelne Handlung, weil man erkennt, daß ſie gemeinſchädlich oder gefährlich ſei — etwa den Verkauf gewiſſer Eßwaaren, die der Geſundheit nachtheilig ſind — ſo iſt dieß eigentlich keine neue Beſchränkung der Freiheit, ſondern nur eine ſpecielle Anwendung jenes allgemeinen Geſetzes, gleichſam eine bloße Hinweiſung darauf, daß die fragliche Handlung zu den gemeinſchädlichen und gefährlichen gehöre.

Feſtſtellung des Textes des Geſetzes.

Den Willen des Geſetzgebers erſehen wir zunächſt aus den Worten des Geſetzes. Wir müſſen alſo die Worte kennen, die er gebraucht hat. Der einfachſte Fall iſt der, wenn uns der Text des Geſetzes unmittelbar in der Geſtalt übergeben wird, welcher der Staat öffentlichen Glauben beigelegt wiſſen will. Es kann bezweifelt werden, ob in dieſem Falle (der ſeit der Erfindung der Buchdruckerkunſt der gewöhnliche iſt) noch eine Kritik des Textes ſtattfinden dürfe oder nicht. Daß die ſogenannte niedere oder diplomatiſche Kritik wegfalle, welche das Material der Auslegung herbeizuſchaffen beſtimmt iſt, leuchtet von ſelbſt ein. Es gibt aber auch eine höhere Kritik, welche den wahren Text aus dem gegebenen Materiale

herzuſtellen die Aufgabe hat. Dieſe läßt ſich nun auch bei dem gedruckten Texte des Geſetzes noch als anwendbar denken, namentlich inſofern behauptet wird, daß in dieſem Texte ein Druckfehler ſei. (Ein merkwürdiges Beiſpiel eines ſolchen Falles theilt uns v. Savigny in ſeinem unten angeführten Werke[2]) mit.) Der richtigeren, auch von v. Savigny gebilligten und vertheidigten Meinung zufolge iſt eine ſolche Anwendung der Kritik allerdings für erlaubt zu achten, und die Berechtigung dazu beruht auf dem Vorzuge des Geiſtes vor dem Buchſtaben. Unſtreitig iſt der gedeutete Text, im Verhältniſſe zu dem wirklichen Ausdrucke, immer nur als Zeichen des Zeichens anzuſehen, ſo daß er tiefer ſteht, als jener; daher wird auch er einer gleichen Berichtigung nicht entziehen können. Weit ausgedehnter iſt die Beſchäftigung des Kritikers in Bezug auf die Quellen des Juſtinianiſchen Rechtes, auf deren Regeln jedoch einzugehen hier der Ort nicht iſt[3]).

Auslegung der Geſetze[4]).

Das Geſetz iſt etwas Gegebenes. Soll daſſelbe in das Leben übergehen, ſo muß von unſerer Seite eine Verſtandesthätigkeit hinzutreten,

---

2) Syſtem des heut. röm. Rechtes Th. 1, §. 38, S. 243. Das königl. weſtphäliſche Decret vom 18. Juni 1813, Art. 3, legte dem Zehentherren eines Gutes den zehnten Theil der Grundſteuer auf, „wenn der Zehentherr den zehnten Theil des reinen Ertrages bezieht", außer dieſem Falle nach Verhältniß, mehr oder weniger, als ein Zehenttheil (Bülletin Nr. 3 v. 1813, S. 45). In einem ſpäteren Stücke des Geſetzbulletins aber ſteht (Bulletin Nr. 3): ſtatt des reinen Ertrages, lies: des rohen Ertrages. Dieſe Berichtigung, die gleichzeitig im Moniteur vom 3. Febr. ſtand, war jedoch ohne Unterſchrift oder andere Beglaubigung, und ſtand überdem in Widerſpruch mit der ſchriftlichen Originalurkunde.

3) Best ratio emendandi leges cap. 1. Eckhardi, herm. iur. lib. 1. §. 46—48. — Feuerbach's civ. Verſ. I. 3. Falk's Encycl. §. 148, Note 25. — v. Savigny a. a. O. Th. 1, §. 38, S. 240 flg.

4) Matth. Mattesilanus, de interpr. leg. extens. Venet. 1557. 8. — Caepolla, de interpr. leg. extens. Venet. 1657. 8. — Romanus, de interpr. leg. restrictiv. Lips. 1672. 4. Forster, de iur. interpr. (Otto Thes. T. II.) — V. Placcius, de iurecons. perfecto. Holm. et Hamb. 1693. 4. — F. Rapolla, de iurecons. s. de rat. discend. interpr. iur. civ. Neap. 1726. 8., auch teutſch mit Noten von Grieſinger. Stuttg. 1792. 8. — J. D. Wibeking, de incomm. per interpr. usual. et observ. in iurispr. invect. Frcf. a. V. 1748. 4. — A. D. Schwarz, de rect. et legit. usu decid. cas. sec. analog. Erf. 1751. 4. — Liebeskind, D. de iust. in iur. faciend. explic. can.: cessante causa cessat effectus. Erl. 1793. — C. H. Eckhard, hermen. iur. cum not. — Prodrom., conspect. hermeneut. iur. novo system. tradend. exhib. Osnabr. 1781. 8. — H. G. Wittich, princip. et subsid. hermen. iur. Gott. 1799. 8. — C. F. Walch. Lips. 1779. 8. und jetzt ex ed. C. W. Walch. Lips. 1802. 8. — J. G. Sammet, Hermeneutik des Rechtes, herausgeg. von F. G. Born. Leipzig 1801. 8. — H. G. Wittich, einige Erörterungen der log. Interpr. Gött. 1800. Nachtr. dazu ebend. 1801. — F. Maglianus, de iur. interpret. ratione. Nep. 1808. — Ueber die allgem. Begriffe und die Arten der Auslegung vgl. auch: Zuſätze und Bericht. zu den Inſt. des r. R. S. 171—190. — G. S. Teucher, de natura et

welche das, durch das Geſetz entſtandene oder ausgeſprochene Recht aufnimmt und zum beſtimmten Bewußtſein in unſerem Geiſte bringt. Dieſe freie Geiſtesthätigkeit läßt ſich, wie v. Savigny ſagt, dahin beſtimmen, daß wir das Geſetz in ſeiner Wahrheit, d. h. ſo erkennen, wie uns deſſen Wahrheit durch Anwendung eines regelmäßigen Verfahrens erkennbar wird. In dieſer Geiſtesthätigkeit iſt die Auslegung der Geſetze enthalten. Sie iſt bei jedem Geſetze nothwendig, nicht etwa blos bei den dunkeln, ob ſie gleich bei den letzteren vorzüglich wichtig iſt. Sie iſt auch durch einen hohen Grad der Dunkelheit nicht ausgeſchloſſen; nur muß es überhaupt noch möglich ſein, in dem auszulegenden Geſetze einen Sinn zu finden. Denn enthielte daſſelbe völligen Unſinn, ſo würde freilich auch keine Auslegung mehr denkbar ſein; man könnte es dann aber wohl auch kaum noch ein Geſetz nennen, obgleich es die äußere Form eines ſolchen hätte. Allerdings iſt in manchen Geſetzbüchern, z. B. im Code civil art. 4. der Richter ausdrücklich angewieſen, die Entſcheidung unter dem Vorwande der dunkeln und unzulänglichen Beſtimmung des Geſetzes in keinem Falle zu verweigern; allein eine ſolche Beſtimmung heißt theils nur ſo viel, daß der Geſetzgeber die Ueberzeugung habe, daß es in ſeinem Geſetzbuche keinen durchaus ſinnloſen Artikel gebe, theils enthält ſie eine Anweiſung an den Richter, da, wo das Geſetz keine hinreichende Entſcheidungsnorm gibt, dieſe Norm aus dem Vernunftrechte, der Rechtsanalogie u. ſ. w. zu entnehmen; theils endlich iſt ſie eine bloße Phraſe, die, wie eine ähnliche des Juſtinian, daß es in ſeinen Geſetzbüchern keine Widerſprüche gäbe, eben ſowohl der Wahrheit als der Wirkſamkeit entbehrt.

Die Aufgabe des Auslegers eines Geſetzes iſt: den Gedanken des Geſetzgebers aufzufinden und darzuſtellen. „Jedes Geſetz," ſagt v. Savigny a. a. O. §. 33, „iſt dazu beſtimmt, die Natur eines Rechtsverhältniſſes feſtzuſtellen, alſo irgend einen Gedanken (ſei er einfach oder zuſammengeſetzt) auszuſprechen, wodurch das Daſein jenes Rechtsverhält-

---

form. interpr. et hermeneut. civil. observ. spec. 1 et 2. Lips. 1804. — K. S. Zachariä, Verſ. einer allg. Hermeneut. des R. Meißen 1805. — Thibaut, Theorie der log. Ausleg. des r. R. Altona 1806. — Zirkler, Reviſion der Lehren des poſit. R. (Wetzlar 1807), Bd. 2, S. 34 flg. — Franc. Schoemann, D. obss. ad replet. summi ingen. Thibautian. labor. et ad iur. interpr. necess. perspect. Jen. 1811. — M. H. Bornemann, D. de anal. iur. cum spec. ad ius dan. resp. Kopenh. 1816. 8. — Mailher de Chassat, Tr. de l'interprét. des loix. Par. 1822. 8. — W. F. Cloſſius, Hermeneut. des r. R. und Einl. in d. corp. iur. civ. im Grundr. Mit e. Chreſtomath. v. Quell. Leipzig 1831. — Schaffrath, Theor. der Ausleg. conſtitution. Geſ. u. ſ. w. Leipz. 1842. — Hufeland, Geiſt des röm. R. Th. 1, S. 1—211. — Guyet, üb. das gegenſeit. Verhältn. und die Anwend. der Ausleg. nach dem Grunde des Geſetzes und der Abſicht des Geſetzgebers; in deſſen Abhandl. aus dem Civilr. S. 191. — Daß dieſe Lehre auch in den Syſtemen ausführlich behandelt worden iſt, verſteht ſich von ſelbſt. Vorzügl. bemerkenswerth iſt hier Schweppe, röm. Privatr. 4. Ausg., Bd. 1, §. 10—17, und Savigny, Syſtem des heut. röm. R. Bd. 1, Buch 1, Cap. 4, §. 32—51, — welchem Letzteren der Vf. dieſes Aufſatzes bei dieſer Materie vorzüglich gefolgt iſt.

niſſes gegen Irrthum und Willkür geſichert wird. Soll dieſer Zweck erreicht werden, ſo müſſen die, welche mit dem Rechtsverhältniſſe in Berührung kommen, jenen Gedanken rein und vollſtändig auffaſſen." Es leuchtet ein, daß unter dieſem Geſchäfte auch die Ausmittelung des Umfanges eines Geſetzes mit begriffen iſt, wiewohl man in neuerer Zeit dieſe davon hat ausſchließen wollen[5]). Nicht aber iſt mit der Auslegung die Analogie zu verwechſeln, wiewohl man oft die ſogen. extenſive Interpretation mit der analogen Anwendung eines Geſetzes für gleich bedeutend geachtet hat. Bei aller und jeder Interpretation oder Auslegung, inſofern durch ſie der Umfang eines Geſetzes, d. h. die Mannigfaltigkeit der Fälle, welche unter das Geſetz ſubſummirt werden ſollen, beſtimmt wird, iſt es das Beſtreben des Interpreten, diejenigen Fälle aufzufinden, welche der Geſetzgeber bei der Faſſung des Geſetzes im Sinne gehabt hat, und alſo darunter hat begreifen wollen. Bei der Entſcheidung durch Analogie hingegen gehen wir von der Anſicht aus, daß der Geſetzgeber bei der Entſcheidung des einen Falles an einen zweiten uns eben vorliegenden nicht gedacht habe, und ihn alſo unter der gegebenen Beſtimmung nicht habe begreifen, aber auch nicht ausgeſchloſſen wiſſen wollen. Wir glauben aber, daß die aus der geſetzlich gegebenen Entſcheidung des erſten Falles durch Abſtraction gefundene Entſcheidungsnorm auch zur Entſcheidung des zweiten Falles geeignet iſt, und halten uns deßhalb für berechtigt, ſie hierzu wirklich zu benutzen.

Die Frage, was der Sinn eines Geſetzes ſei, fällt von ſelbſt hinweg, wenn durch ein neues Geſetz, oder auch durch ein wahres Gewohnheitsrecht feſtgeſetzt worden iſt, wie ein älteres Geſetz verſtanden werden ſoll. Die Neueren nennen dieß, wenn dieſe Beſtimmung durch ein ausdrückliches Geſetz erfolgt iſt, die authentiſche — und wenn ſie auf einem Gewohnheitsrechte beruht, die uſuelle Interpretation, beide zuſammen aber die legale. Von dieſen iſt hier nicht die Rede, ſondern nur von jener, welche Auslegung im eigentlichen Sinne (zum Unterſchiede von der legalen gewöhnlich: doctrinelle Auslegung) genannt wird, und welche in der bereits näher beſchriebenen freien oder wiſſenſchaftlichen Thätigkeit beſteht. Faſſen wir die Aufgabe des doctrinellen Auslegers eines Geſetzes in der Maße, wie oben geſchehen iſt, auf — verlangen wir alſo, daß er den Gedanken des Geſetzgebers, den Sinn, den er in dem Geſetze hat ausſprechen wollen, auffinden und darſtellen ſolle, ſo ſind hierzu gewiſſe Hilfsmittel nothwendig. Dieſe ſind theils natürliche, theils künſtliche. Die natürlichen ſind gegeben durch den Wortausdruck des Geſetzes ſelbſt (ſogen. grammatiſche Interpretation). Ihre Hauptregeln ſind: 1) Sie verſteht die Worte des Geſetzgebers in dem Sinne, in welchem ſie der gemeine Sprachgebrauch nimmt, ſo lange nicht ein Grund zu der Annahme vorhanden iſt, daß der Urheber des Geſetzes daſſelbe in einem anderen Sinne gebraucht habe. 2) Es darf kein Wort als überflüſſig betrachtet werden. Man führt oft noch zahlreiche andere Regeln

---

5) S. z. B. Schweppe, röm. Privatr. Th. 1, §. 16, S. 37, ed. IV. Vgl. dagegen v. Savigny, Syſtem. u. ſ. w. Bd. 1.

an[6]), allein dieſe gehören ſchon ſämmtlich nicht mehr zur grammatiſchen Auslegung. — Die künſtlichen Mittel, den Gedanken des Geſetzes zu erkennen und darzulegen, pflegt man in ihrer Geſammtheit die logiſche Interpretation zu nennen. Sie läßt ſich auf drei Elemente zurückführen[7]). Dieſe ſind enthalten 1) in dem Zuſammenhange des Geſetzes in ſich ſelbſt (logiſches Element), 2) in dem Zuſammenhange deſſelben mit dem ganzen Rechtsſyſteme (ſyſtematiſches Element), 3) in dem Zuſammenhange mit äußeren Erſcheinungen, welche zur Zeit des gegebenen Geſetzes ſtatt hatten, und in irgend einem Bezuge auf das Geſetz ſtehen (hiſtoriſches Element). — In Anſehung des logiſchen Elementes iſt es vorzüglich der Grund des Geſetzes; in Anſehung des ſyſtematiſchen der Geiſt der Geſetzgebung; in Anſehung des hiſtoriſchen die Abſicht des Geſetzgebers (zu deren Auffindung oft die Kenntniß der Veranlaſſung des Geſetzes — occasio legis — dient), welche aufgeſucht werden müſſen. Der Grund des Geſetzes — ratio legis — iſt die ſchon vorhandene höhere Rechtsregel, deren conſequente Durchführung in dem auszulegenden Geſetze enthalten iſt [8]). Die Abſicht des Geſetzgebers iſt das Ziel, die Wirkung, welches er durch das Geſetz zu erreichen geſucht hat. Geiſt einer Geſetzgebung iſt die Summe der Grundanſichten, von denen der Geſetzgeber entweder in einer ganzen Geſetzgebung, oder doch bei einem einzelnen Inſtitute ausgegangen iſt, und die er zwar nicht ausgeſprochen hat, die ſich aber dadurch als Grundanſichten charakteriſiren, daß nur dann, wenn man von ihnen ausgeht, die einzelnen Beſtimmungen als ein in ſich zuſammenhängendes Ganze erſcheinen. Was namentlich den Grund des Geſetzes betrifft, ſo iſt er entweder ein genereller oder ein ſpecieller, je nachdem er mit dem Inhalte des Geſetzes in einem mehr oder minder engen Zuſammenhange ſteht. Wir gelangen zur Kenntniß deſſelben entweder durch Reflexion oder dadurch, daß ihn der Geſetzgeber ſelbſt ausſpricht. Dieß letztere gewährt zwar allerdings die höchſte Sicherheit, doch muß ſelbſt dann der Grund des Geſetzes von dem Inhalte deſſelben getrennt, und darf nicht als Beſtandtheil deſſelben angeſehen werden. Uebrigens verliert das Geſetz dadurch nichts an Kraft, daß ſich der Grund deſſelben gar nicht auffinden läßt. — Am einflußreichſten für die Auslegung iſt die Kenntniß der ratio legis bei dem regelmäßigen Rechte (ius commune), wogegen bei dem anomalen Rechte (ius singulare) mehr auf die Abſicht des Geſetzgebers, den Zweck, den er durch das Geſetz erreichen wollte, Rückſicht genommen werden muß. Vorzüglich wichtig und zugleich am unbedenklichſten iſt der Gebrauch des Geſetzgrundes, wo es darauf ankommt, zu beſtimmen, zu welcher Claſſe von Geſetzen irgend ein beſtimmtes, in Frage ſtehendes Geſetz gehört, und es wird in ſehr vielen Fällen ſchon

---

6) Vgl. Schweppe, röm. Privatr. Bd. 1, §. 12, 13 a, S. 32 flg., Ausg. 4.

7) v. Savigny, Syſtem u. ſ. w. Th. 1, S. 214.

8) v. Savigny a. a. O. S. 217. Schweppe a. a. O. §. 5, S. 11.

dadurch, daß wir hierüber mit uns völlig einig werden, die Aufgabe des Interpreten ganz oder doch größtentheils gelöſt ſein. Es iſt hier nicht der Ort, dieſen Satz in allen ſeinen Beziehungen durchzuführen, doch wird Jeder ſich ſelbſt leicht überzeugen, daß es für das Verſtändniß und ſodann für die Anwendung des Geſetzes von entſcheidender Wichtigkeit iſt, ob ein Geſetz hinſichtlich ſeiner formalen Richtung als ein ordinatives, oder als ein regulatives, oder als ein dispoſitives — hinſichtlich des intenſiven Umfanges ſeiner Geltung als ein abſolutes oder hypothetiſches angeſehen wird. Und ungemein viele Streitigkeiten über den wahren Sinn eines Geſetzes kommen blos daher, daß der Geſetzgeber verabſäumt hat, ſich hierüber deutlich auszuſprechen. In allen neueren Geſetzgebungen finden ſich Stellen, wo eine Verfügung in ſolcher Weiſe ausgeſprochen iſt, daß ſie das Anſehen eines abſoluten Verbietungsgeſetzes hat, z. B. der bekannte Art. 340 im Code civil der Franzoſen: La recherche de la paternité est interdite. Deſſenungeachtet erhellt aus dem Satze ſelbſt, daß von einem abſoluten Verbote (welches nur durch eine hinzugefügte Strafandrohung ſeine Wirkſamkeit erhalten könnte) dort gar nicht die Rede iſt, ſondern der Satz enthält zwar ein abſolutes, aber kein ordinatives, ſondern blos ein regulatives Geſetz. Der Geſetzgeber will alſo nur ſagen, daß der franzöſiſche Staat keine Berechtigung der Mutter oder des Kindes anerkenne, den unehelichen Vater des letzteren wegen ſeiner Vaterſchaft in Anſpruch zu nehmen, und daß der Richter ſelbſt nicht einmal ſeine Hilfe gewähren werde, um die Perſon des Vaters in rechtliche Gewißheit zu ſetzen. — Ebenſo iſt es von der größten Wichtigkeit zu wiſſen, welcher Claſſe ein Geſetz in Anſehung ſeines extenſiven Umfanges angehöre, und ſehr oft kann darinnen, ob wir in dieſer Hinſicht ein Geſetz zu der einen oder zu der anderen Claſſe rechnen, ein entſcheidendes Moment für die richtige Erkenntniß des Sinnes, und ſomit auch für die richtige Anwendung deſſelben liegen. So z. B. die Geſetze, welche das Duell verbieten. Betrachten wir dieſes Verbot als ein ſolches, welches ſich nur auf die Perſonen bezieht, die ſich innerhalb des Staatsgebietes befinden, — nehmen wir an, daß der Geſetzgeber in dem Duell eine Art von Störung der Rechtsordnung, eine gewiſſe Form der Selbſthilfe ſieht, ſo wird der Unterthan eines Landes, der ſich im Auslande duellirt, bei ſeiner Rückkehr ins Inland dort nicht nach jenem Geſetze gerichtet werden können. Sehen wir aber jenes Geſetz als ein ſolches an, das die Handlung des Duellirens den Staatsunterthanen überhaupt unterſagt — etwa aus dem Geſichtspunkte, daß daſſelbe eine allgemein gefährliche Immoralität enthalte, — ſo wird jeder Staatsunterthan, wenn er ſich duellirt, und geſchähe es im fernſten Auslande, der Strafbeſtimmung des einheimiſchen Geſetzes unterliegen. — Es kann, wie ſchon bemerkt worden, die Auslegung auch bei dem klarſten Geſetze ſtattfinden. Indeſſen iſt vorzugsweiſe wichtig ihre Anwendung auf dunkle und überhaupt auf mangelhafte Geſetze. Ein Geſetz iſt mangelhaft, wenn entweder ſein Ausdruck unbeſtimmt, oder wenn er unrichtig iſt — unbeſtimmt, wenn derſelbe auf keinen vollendeten Gedanken führt, — unrichtig, wenn der von ihm unmittelbar bezeichnete Gedanke von

dem wirklichen Gedanken des Geſetzes verſchieden iſt[9]). Die Unbeſtimmtheit erſcheint entweder als Unvollſtändigkeit, oder als Vieldeutigkeit des einzelnen Ausdruckes (oder der Conſtruction) und hat im letzteren Falle ihren Grund bald in der Unklarheit des Gedankens, bald in der Unvollkommenheit des Ausdruckes, bald in beiden zugleich. Im allgemeinen ſind zur Erklärung mangelhafter Geſetze die oben angeführten Hilfsmittel zu gebrauchen. Der innere Werth des, aus der Auslegung hervorgehenden Inhaltes iſt ſodann gleichſam als Prüfſtein, ob die Auslegung gelungen ſei, zu betrachten. — Bei der Unbeſtimmtheit des Ausdruckes iſt zuerſt auf das logiſche Element der Auslegung zurückzugehen, zu welchem wir, wie oben bemerkt, auch den Grund des Geſetzes rechnen. Reicht dieſes nicht aus, ſo wird nunmehr die erweisliche Abſicht des Geſetzgebers zu Hilfe genommen werden müſſen. Da man beides ſowohl den Grund als die Abſicht (die letztere freilich nur uneigentlich) mit dem Worte ratio bezeichnet, ſo iſt hier einiges Schwanken in den Anſichten der Rechtslehrer über den eigentlichen Sinn zweier wichtiger Interpretationsregeln entſtanden; nämlich der Regeln: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, und: cessante legis ratione cessat lex ipsa. Der wahre Sinn dieſer Regeln dürfte folgender ſein: Zur Hebung einer Unbeſtimmtheit kann ſowohl der Grund des Geſetzes, als auch die erweisliche Abſicht des Geſetzgebers angewendet werden, und es iſt in Anſehung des Grundes der ſpecielle den generellen vorzuziehen. Beim unrichtigen Ausdrucke hingegen kann die Berichtigung eigentlich nur aus der Abſicht des Geſetzgebers entnommen werden, und höchſtens aus einem ganz ſpeciellen Grunde. Die Regel: cessante ratione legis cessat lex ipsa, heißt alſo meiſtens nichts weiter als: Sobald die Abſicht des Geſetzgebers klar, und ebenſo klar iſt, daß ein gewiſſer Fall, der dem Wortlaute nach unter dem Geſetze für begriffen geachtet werden muß, in Folge jener Abſicht nicht darunter begriffen ſein kann, ſo müſſen wir dieſen Fall ausſchließen. Dagegen bedeutet die Regel: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: wenn aus der klar erkannten Abſicht des Geſetzgebers, verglichen mit dem Wortlaute des Geſetzes, hervorgeht, daß ein dieſem Wortlaute nach unter dem Geſetze nicht begriffener Fall in Folge jener Abſicht doch von dem Geſetzgeber mit gemeint geweſen ſein muß, ſo müſſen wir dieſen Fall als unter dem Geſetze mit begriffen betrachten. Nur ſelten werden ſich dieſe Regeln auf den eigentlichen Grund des Geſetzes ausdehnen laſſen, und dann doch auch nur auf die ſpeciellen, nicht auf die generellen Gründe. So z. B. war der Wittwe, welche ſich in der Trauerzeit wieder verheurathete, in dem Edicte Infamie angedroht. Nicht der Grund, ſondern der Zweck dieſer Beſtimmung war Verhütung der Zweifel über die Paternität eines nach dem Tode des Mannes geborenen Kindes. Ein ſolcher Zweifel konnte nicht vorkommen, wenn die Wittwe etwa bald nach dem Tode des Mannes ein Kind geboren hatte; daher wurde in ſolchem Falle die Wittwe, wenn ſie auch innerhalb der Trauerzeit heurathete, nicht infam. Dagegen wurde ſie es, wenn ſie innerhalb

9) v. Savigny, Syſtem u. ſ. w. Th. 1, S. 222.

eines Jahres nach dem Tode ihres Mannes in ſolchen Fällen, wo um denſelben keine Trauer, alſo auch keine Trauerzeit ſtattfand, ſich wieder verheurathete[10]). — Eine andere, ebenfalls dem logiſchen Elemente angehörige Interpretationsregel iſt das ſogenannte argumentum a contrario, welches man bisweilen mit der Formel ausdrückt: ubi contraria ratio, ibi contraria dispositio. Ihr Sinn iſt der: Wenn eine Regel bis zu einer gewiſſen Grenze dergeſtalt ausgeſprochen iſt, daß in dieſem Ausdrucke der beſtimmte Gedanke liegt, es ſolle jenſeits jener Grenze das Entgegengeſetzte gelten, ſo gilt dieß Entgegengeſetzte wirklich. Alſo wenn z. B. der Prätor ſagt: intra annum iudicium dabo, ſo muß angenommen werden, daß er zugleich habe ſagen wollen: post annum non dabo. Doch iſt dieſe Regel mehr geeignet, Unvollſtändigkeiten, als Unrichtigkeiten des Geſetzes zu beſeitigen. Daſſelbe gilt von dem ſogenannten argumentum a maiori ad minus, und a minori ad maius.

Alle Auslegung, die grammatiſche ſowohl als die logiſche, kann ſowohl extensiva als restrictiva ſein, d. h. es kann durch ſie ſowohl das Reſultat gewonnen werden, daß ein Mehreres, als auch, daß ein Wenigeres, als in den Worten des Geſetzes ſteht, aus demſelben entnommen werden müſſe. Indeſſen iſt dieſe Eintheilung nicht ganz erſchöpfend. Denn wenn die Unrichtigkeit eines im Geſetze gebrauchten Ausdruckes mit Hilfe der Interpretation verbeſſert werden ſoll, ſo wird eigentlich weder ein Mehreres, noch ein Wenigeres, ſondern etwas Anderes, als die Worte des Geſetzes beſagen, aufgeſtellt. — Gewöhnlich führt man noch eine dritte Art der Auslegung an — die (blos) erklärende (interpretatio declarativa). Will man überhaupt eine ſolche gelten laſſen, wie allerdings wohl nicht unrichtig, da auch das klare Geſetz bemerktermaßen der Auslegung nicht unfähig iſt, ſo dürfte ſie doch wohl nur hauptſächlich in Bezug auf die grammatiſche Interpretation vorkommen, wiewohl man nicht ſagen kann, daß ſie bei der logiſchen geradezu ausgeſchloſſen ſei. Schließlich iſt noch zu bemerken, daß namentlich bei Erklärung von Geſetzen, deren Ausdruck unrichtig iſt oder zu ſein ſcheint, der Ausleger ſich ſehr hüten muß, daß er nicht eine Verbeſſerung des Geſetzes unter-

---

10) v. Savigny a. a. O. S. 235. Der ebengenannte Rechtslehrer führt in Bezug auf denſelben Gegenſtand S. 234 auch noch folgende Beiſpiele für den Fall an, wo ein ſpecieller Grund zur Berichtigung eines unrichtigen Ausdruckes gebraucht werden ſoll. Er ſagt: „Iſt ein Rechtsſatz eingeführt zu Begünſtigung gewiſſer Perſonen, ſo würde jede einzelne Anwendung zu ihrem Schaden mit dem Grunde in Widerſpruch ſtehen, und dieß muß verhütet werden durch eine einſchränkende Auslegung des zu allgemeinen Ausdrucks. Wenn daher ein durch Betrug veranlaßter Vertrag zufällig dem Betrogenen vortheilhaft iſt, ſo bleibt er giltig, obgleich der Ausdruck des Edikts alle ſolche Verträge für ungiltig erklärt. Wenn der Minderjährige ohne Curator Prozeß führt, und gewinnt, ſo bleibt das Verfahren giltig. Ebenſo iſt ein Vergleich über Alimente auch ohne den Prätor giltig, wenn dadurch die Lage des Berechtigten unbedingt verbeſſert wird." Wir möchten indeß zweifeln, ob dieſe Beiſpiele ganz paſſend ſeien. Alle dort angeführten Geſchäfte ſind an ſich gar nicht abſolut ungiltig, ſondern werden nur auf Verlangen desjenigen, der dadurch verletzt iſt, für ungiltig erklärt.

nimmt, ſtatt daſſelbe blos zu erklären. Daher iſt in dieſer Beziehung jede Auslegung aus dem generellen Grunde, oder gar aus dem Geiſte der Geſetzgebung bedenklich und unzuläſſig; auf der anderen Seite wird die Interpretation am ſicherſten gerechtfertigt, wenn das buchſtäbliche Verſtändniß des Ausdruckes auf einen Widerſpruch entweder mit dem anerkannten ſpeciellen Grunde des Geſetzes, oder mit der anerkannten Abſicht des Geſetzgebers führen würde.

Im allgemeinen gelten dieſe Grundſätze der Auslegung bei allen und jeden Geſetzen, alſo auch bei der Juſtinianiſchen Geſetzgebung. Doch treten hier neue Regeln des Verfahrens hinzu. Mit Uebergehung deſſen, was im Bezug auf Kritik des Textes hier zu ſagen wäre, bemerken wir nur Folgendes[11]: Die Beſtandtheile des Juſtinianiſchen Rechtes zerfallen in zwei Hauptclaſſen. Die eine ſind Zeugniſſe für das damals beſtehende Recht, und bei ihnen wird das ſyſtematiſche Element der Auslegung vorherrſchen müſſen. Hierzu gehören die ganzen Pandekten und im Codex die Reſcripte. Die zweite Claſſe umfaßt die urſprünglichen Geſetze, alſo die Edicte im Codex, wie denn auch die Novellen hierher gehören. Bei ihnen iſt das hiſtoriſche Element der Auslegung vorzüglich anwendbar, alſo namentlich auch alles das, was wir aus den Ueberſchriften und Unterſchriften, über das Zeitalter, die Verfaſſer, die Veranlaſſung der einzelnen Beſtimmungen, ſo wie über das Ganze wiſſen, dem ein im Juſtinianiſchen Rechtskörper enthaltenes Fragment urſprünglich als Theil angehört haben mag u. ſ. w. Das logiſche Element endlich iſt beiden gemeinſam, wie denn auch die grammatiſche Auslegung bei beiden in gleicher Maße Platz ergreift. Im Bezug auf die Auslegung einzelner Stellen iſt ihr Verhältniß ſowohl zu dem großen Ganzen, welches die Inſtitutionen, die Pandekten und der Codex bilden, als auch zu dem einzelnen Titel, in dem ſie ſtehen, zu beachten, und Beides bietet ein wichtiges Moment für die Auslegung dar. Doch ſind in Bezug auf die einzelnen Titel die ſogen. leges fugitivae, d. i. diejenigen Geſetzſtellen, welche eigentlich nicht in dieſen Titel gehören, ſondern nur zufällig, vielleicht durch Verſehen dorthin gekommen ſind, eben dieſes ihres beſonderen Verhältniſſes halber, anders zu behandeln. Ganz beſonders wichtig ſind die Aenderungen, die an ſehr vielen Stellen bei ihrer Aufnahme in die röm. Rechtsbücher vorgenommen worden ſind. Sie ſind von dreierlei Art: 1) Interpolationen oder emblemata Triboniani; 2) Aenderungen, welche darinnen beſtehen, daß einzelne Ausdrücke mancher Stellen im Zuſammenhange der Compilation eine andere Bedeutung angenommen haben, als ſie bei den urſprünglichen Verfaſſern hatten. Noch öfterer iſt nicht der einzelne Ausdruck verändert, ja es iſt ſelbſt die Entſcheidung einer Rechtsfrage dieſelbe geblieben, es muß aber dennoch Beides, weil es in der Compilation in einem anderen Zuſammenhange gedacht iſt, auf einen anderen Grund zurückgeführt werden, als bei den alten Juriſten, aus denen die Stelle entnommen iſt. Die Auslegung, welche auf einer vorausgeſetzten Aenderung dieſer zweiten Art beruht, wird duplex inter-

---

11) v. Savigny a. a. O. S. 252 flg.

pretatio genannt. 3) Aenderungen, die ſich nicht auf einzelne abgeänderte Rechtsſätze, ſondern auf den ganzen inneren Bau der Compilation beziehen. Dahin gehört die Stellung der Reſcripte im Codex, die anfangs nur für den einzelnen Fall galten, für welchen ſie erlaſſen waren; die aber in der Compilation die Kraft allgemeiner Geſetze erhalten haben, ſo daß die Rechtsregel, welche ſie in concreter Form ausgedrückt enthalten, hierdurch eine allgemeine Giltigkeit erlangt hat, ſo daß die Aufgabe des Auslegers nunmehr darinnen beſteht, jene allgemeine Regel durch richtige Abſonderung der concreten Umgebung aus der Entſcheidung des einzelnen Falles herauszufinden; nur iſt es bisweilen ſehr ſchwierig, mit völliger Gewißheit zu beſtimmen, wie vieles unter die zufälligen, der Rechtsregel fremden, Umſtände des vorgelegten einzelnen Falles zu rechnen iſt. — Bei keiner Gattung von Geſetzen iſt die Anwendung des argumentum a contrario bedenklicher, als bei dieſer. — Die Ordnung, in welcher die Stellen in den einzelnen Titeln ſtehen, wird nur ſelten ein für die Auslegung hilfreiches Moment ſein. Dennoch kann bei der Auslegung nicht blos auf die einzelnen Geſetze, als iſolirte Vorſchriften, geſehen werden, ſondern man darf nie vergeſſen, daß die Geſammtheit der Rechtsquellen ein Ganzes bildet, dem Einheit und Vollſtändigkeit beigelegt werden ſoll. Das regelmäßige Verfahren bei Auslegung dieſes Ganzen beſteht in der Bildung eines Rechtsſyſtemes aus der Geſammtheit der Quellen. Doch hat jenes Ganze auch mangelhafte Zuſtände und dieſe Mängel beziehen ſich entweder auf das Poſtulat der Einheit oder auf das der Vollſtändigkeit. Fehlt die Einheit, ſo iſt ein Widerſpruch vorhanden: fehlt die Vollſtändigkeit, ſo iſt eine Lücke auszufüllen. Der Widerſpruch muß zunächſt auf hiſtoriſchem Wege beſeitigt und wo möglich in bloßen Schein aufgelöſt werden, namentlich indem man die eine Stelle für Geſetz, die andere blos für hiſtoriſches Material erklärt, was jedoch nur zuläſſig iſt, wenn ſich für die Aufnahme der letzteren Stelle ein hiſtoriſcher Zweck nachweiſen läßt. Nur wo auf dieſem hiſtoriſchen Wege nicht zum Ziele zu gelangen iſt, kann der ſyſtematiſche Weg eingeſchlagen werden. Die ſyſtematiſche Vereinigung geſchieht entweder dadurch, daß man für jede der widerſprechenden Stellen beſondere Bedingungen der Anwendung, alſo ein eigenthümliches Gebiet der Herrſchaft annimmt — oder auch dadurch, daß beide Stellen als ein Ganzes gedacht werden, ſo daß die eine Stelle durch die andere ergänzt, mithin die ſcheinbare Allgemeinheit der einen durch die andere näher beſtimmt und eingeſchränkt wird. Bei abſoluten Widerſprüchen endlich muß im Zweifelsfalle die Stelle, die an einem Orte ſteht, wo ſie unmittelbar hingehört, von derjenigen, die an einem ihr nicht eigentlich angehörigen Platze aufgenommen iſt — und wo auch dieſer Umſtand nicht benutzt werden kann, diejenige den Vorzug behalten, die am beſten in das ganze Syſtem paßt. — Ueber den Fall, wo das neuere Geſetz einem älteren widerſpricht, braucht hier nicht weiter die Rede zu ſein. — Die in der Geſetzgebung wahrzunehmenden Lücken ſind auszufüllen theils mit Hilfe der Analogie, von welcher bereits oben die Rede geweſen iſt, theils durch das Zurückgehen auf das Vernunftrecht, oder auf das, was man die Natur der Sache zu nennen pflegt —

Andere ſagen: auf das Naturrecht. Ueber dieſen letzten Punkt iſt vielfältig geſtritten worden, und namentlich hat die Anwendung des Naturrechtes die entſchiedenſten Gegner gefunden [12]). Faſt ſcheint es jedoch, als ob dieſer Streit mehr die Worte, als die Sache betrâfe. Das nämlich wird Niemand leugnen können, und hat wohl auch Niemand im Ernſte geleugnet, daß im Leben vielfältige Sachgeſtaltungen vorkommen, für welche in den röm. Geſetzen keine unmittelbare Entſcheidung gegeben iſt. Ja vielleicht war den Römern das in Frage ſtehende Sachverhältniß gänzlich unbekannt. Soll nun das Recht eines ſolchen Verhältniſſes beſtimmt werden, ſo bleibt nichts übrig, als das Factiſche der Sache unter die höchſten Rechtsgrundſätze zu ſubſumiren, und hieraus, unter Anwendung der Regeln der Logik, namentlich der Sätze des Widerſpruches und des zureichenden Grundes, zu entwickeln, was im vorliegenden Falle Rechtens ſei. Die höchſten Grundſätze des Rechtes ſelbſt aber ſind in dem röm. Geſetze gar oft nicht, oder nicht hinlänglich ausgeſprochen. Zum Theil haben wir auch das, was ſich dort im Bezug auf gewiſſe höchſte Principien vorfindet, verworfen, weil wir es mit den von uns anerkannten Forderungen der Vernunft nicht übereinſtimmend finden. Das wichtigſte Beiſpiel iſt die Giltigkeit der Verträge. Die Römer nahmen an, daß das Verſprechen, zu Gunſten eines Anderen etwas zu leiſten, zu geben, zu thun u. ſ. w., in der Regel keine Verbindlichkeit für den Verſprechenden erzeuge, ſondern daß er nur in gewiſſen einzelnen Fällen, zum Theil unter Hinzutritt anderer Umſtände, äußerer Formen u. dgl., hierdurch verpflichtet werde. In der neueren Zeit iſt man, nicht nur in Teutſchland, ſondern faſt allenthalben, von dieſer Anſicht abgegangen, und hat es als eine Forderung der Vernunft anerkannt, daß ein jedes, wenigſtens ein jedes auf Vermögensverhältniſſe im weiteſten Sinne ſich beziehende Verſprechen auch vor dem Richter Giltigkeit habe, inſoweit nicht beſondere Ausnahmen ein Anderes bedingen. Zugleich nehmen wir an, was ebenfalls reiner Grundſatz des Vernunftrechtes iſt, daß derjenige, der, vorzüglich bei Verträgen, in irgend ein beſtimmtes Verhältniß mit einem Anderen freiwillig eingetreten ſei, zugleich alles Dasjenige gewollt habe, was aus jenem Verhältniſſe mit Nothwendigkeit folgt, und was er, wenn er einmal in daſſelbe eintrat, vernünftigerweiſe gewollt haben muß, wenn er nicht mit ſich ſelbſt in Widerſpruch treten wollte. (Dieſer Grundſatz beſchränkt ſich jedoch nicht blos auf Vertragsverhältniſſe, ſondern hat eine weit allgemeinere Geltung, die jedoch hier nicht weiter zu entwickeln iſt.) Kommen nun Vertragsverhältniſſe vor, für welche das Geſetz keine Entſcheidung gibt, ſo unterſtellen wir ſie jenen Grundſätzen, folgern hieraus das Recht für dieſe Fälle, und ſagen nun: daß es in der Natur der Sache liege, d. h. dem factiſchen Verhältniſſe ſelbſt, verglichen mit den höchſten Grundſätzen der Vernunft und des Rechtes, gemäß ſei, daß die Befugniſſe und Verbindlichkeiten der Parteien auf die und die Weiſe beſtimmt werden. Ob man nun ſagt, daß dieſe Entſcheidung aus dem Naturrechte oder dem Vernunftrechte, oder der Natur der Sache genommen ſei,

12) Unter ihnen auch v. Savigny a. a. O. §. 46, S. 209.

dieß ſcheint ganz auf eins und daſſelbe herauszukommen. Naturrecht und Vernunftrecht ſind nach dem heutigen Sprachgebrauche ohnehin Synonyma, und die ſogenannte Natur der Sache in Rechtsverhältniſſen iſt gezeigtermaßen eben nichts weiter, als die rechtliche Eigenſchaft eines Verhältniſſes, welche wir erkennen, wenn wir das Factiſche deſſelben unter die höchſten Grundſätze der Vernunft und des Rechtes' ſubſumiren. Einige nennen das Reſultat, was auf dieſe Weiſe erlangt wird, Fortbildung des poſitiven Rechtes. Verſteht man indeſſen unter dem Ausdrucke poſitives Recht, wie man nothwendig muß, die objective Norm, nach welcher menſchliche Verhältniſſe im Staate beurtheilt werden ſollen, ſo könnte von einer Fortbildung dieſer Norm wohl eigentlich dann erſt die Rede ſein, wenn das, was der Richter, auf die oben angegebene Weiſe, für einen einzelnen Fall entwickelt, und als das, in dieſem Falle geltende Recht aufgefunden hat, eine ſolche allgemeine Anerkennung erlangt, daß es nunmehr für gleichartige Fälle ohne weitere Nachweiſung der Gründe als eine feſtſtehende Entſcheidungsnorm, als eine Art von Gewohnheitsrecht oder Gerichtsgebrauch gilt. Daß eine fortbildende Kraft den Rechtsinſtituten ſelbſt beiwohne, — daß ſie, wie Stahl[13]) ſagt, einen lebendigen, ſich ſelbſt erweiternden Trieb haben ſollen, würde ſich wenigſtens dann nicht behaupten laſſen, wenn man dieſen Ausdruck im Wortverſtande nehmen wollte. Denn das Rechtsinſtitut an und für ſich ſelbſt beruht nur auf einer Idee und kann als ſolche weder Leben noch Trieb haben. Dieß ſoll aber auch wohl mit jener Behauptung nicht geſagt ſein, ſondern ihr Sinn iſt muthmaßlich nur der: daß der vernünftige Menſch ſich durch die ihm inwohnende Vernunft beſtimmt fühle, die ſeinen Rechtsinſtituten zum Grunde liegenden Principien conſequent auf diejenigen Fälle anzuwenden, deren factiſche Geſtaltung ſie geeignet macht, nach den Principien jener Inſtitute beurtheilt zu werden.

Geltung des Geſetzes.

Das Geſetz hat Geltung von dem Augenblicke ſeiner Bekanntmachung an, d. h. es hat von dieſem Augenblicke an Anſpruch auf Beobachtung von Seiten aller derer, welche dem Geber deſſelben unterworfen ſind, und für welche er daſſelbe beſtimmt hat. Nicht aber kann man ſagen, daß alle und jede Geſetze Anſpruch auf Gehorſam hätten, und ebenſo wenig kann man ihnen im allgemeinen eine verbindende Kraft beilegen. Dieß gilt nur von den abſolut gebietenden oder verbietenden Geſetzen. Ebenſo unrichtig iſt es, wenn man ganz allgemein behauptet, daß das Recht, der Rechtsſatz, ius, ein Product der Geſetze ſei. Man muß beim Rechte unterſcheiden A. diejenigen Sätze, welche ſchon durch die Natur des Staates und durch die vernünftige Subſumtion der factiſchen Verhältniſſe unter die höchſten Principien gegeben ſind. Inſofern dieſe Sätze durch das Geſetz beſtätigt werden, wird das Vernunftrecht zum poſitiven Rechte im weiteren und uneigentlichen Sinne. B. Ihm ſteht gegenüber das poſitive Recht im engern und eigentlichen Sinne.

---

13) Philoſoph. des Rechtes Bd. 2, Abth. 1, S. 166.

Dieſes enthält 1) nähere, meiſtens aus dem Geſichtspunkte der Zweckmäßigkeit gefaßte Beſtimmungen deſſen, was das Vernunftrecht nur im allgemeinen feſtſetzt. So iſt es z. B. ſchon an ſich vernünftig, daß Kinder und ganz junge Perſonen in den Jahren, wo die Vernunft ſich noch nicht entwickelt hat, keine Rechtsgeſchäfte eingehen, keine Verbindlichkeiten übernehmen können u. dgl. Mit welchem Augenblicke aber dieſe natürliche Fähigkeit bei ihnen anzunehmen ſei, würde ohne poſitive Anordnung des Geſetzes in jedem einzelnen Falle nach der Individualität der Perſonen beſtimmt werden müſſen. Dieß würde zu den vielfältigſten Verwirrungen Veranlaſſung geben; das Geſetz beſtimmt alſo einen Termin der Mündigkeit, bis zu welchem Jeder für unfähig — über welchen hinaus Jeder (dafern nicht ſpecielle Ausnahmen ſtattfinden) für fähig zu Beſorgung ſeiner Angelegenheiten geachtet wird. — 2) Das poſitive Recht begründet aber auch theils ganz neue Inſtitute, theils legt es einer Handlung, einem Ereigniſſe, Zuſtande oder Verhältniſſe Wirkungen bei, die außerdem nicht, oder nicht nothwendig damit verbunden ſein würden, namentlich Wirkungen gegen dritte Perſonen bei, oder es entzieht ihnen ſolche, die außerdem aus jenen Handlungen u. ſ. w. folgen würden. Das hier unter B. beſchriebene poſitive Recht im engeren Sinne wurde von den Römern nicht ſelten vorzugsweiſe ius oder ius publicum genannt, und war als ſolches der aequitas entgegengeſetzt, welche die unter A. beſchriebenen natürlichen Rechtsbeſtimmungen enthielt. Hierdurch erläutern ſich auch die Ausdrücke ius publicum pactis privatorum mutari non potest — haec aequitas suggerit etsi iure deficiamur — und ähnliche. Doch kommen beide Ausdrücke, ius publicum und aequitas, auch in anderem Sinne vor. — Nur dieſes poſitive Recht im eigentlichen Sinne kann als Product der Geſetze angeſehen werden. Dagegen iſt der bei weitem größere Theil des Rechtes, beſonders des Privatrechtes oder des im eigentlichen Sinne ſogen. Civilrechtes, nichts weniger, als ein Product der Geſetze. Vielmehr iſt das Geſetz ſelbſt in dieſem Falle nur der mehr oder minder vollkommene Ausdruck deſſen, was auch ohne alles poſitive Geſetz ſchon Rechtens ſein würde und ſein müßte. Man geht in der Beſtimmung der, den Geſetzen beizulegenden Kraft ſehr oft viel zu weit, weil man die verſchiedenen Arten der Geſetze nicht gehörig unterſcheidet. Man ſpricht vom unbedingten Gehorſam gegen die Geſetze, obgleich das Geſetz im allgemeinen nur Beachtung fordern kann. Gehorſam gebührt, wie ſchon bemerkt, nur dem Ordinativgeſetze, d. i. dem geſetzlichen Gebote oder Verbote. Man hat ferner häufig ganz allgemein angenommen, daß das Geſetz Verbindlichkeiten ſchaffen oder vernichten könne. Allerdings kann es mit gewiſſen Zuſtänden oder Verhältniſſen Verbindlichkeiten verknüpfen, die an und für ſich nicht damit verknüpft ſind; und eben ſo gewiß kann es nicht nur dieſe Verpflichtungen unter gewiſſen Bedingungen wieder für aufgehoben und erloſchen erklären, ſondern auch umgekehrt wiederum ſolchen Verbindlichkeiten, die an und für ſich mit einem Zuſtande oder Verhältniſſe natürlich verbunden ſein würden, ſeine Anerkennung verweigern. Allein der Geſetzgeber kann nicht befehlen,

daß da, wo die natürlichen ſubjectiven oder objectiven Bedingungen einer Verbindlichkeit vorhanden ſind, dieſelbe doch nicht entſtehen ſolle, oder daß ſie, wenn ſie entſtanden iſt, zu exiſtiren aufhören ſolle; ſondern er kann eben nur erklären, daß der Staat ſie nicht anerkennt, und daß er ſeinen Arm nicht zur Vollſtreckung derſelben leihen will. Dieſer Satz, der von ſehr mannigfaltigen und wichtigen Folgen iſt, wird ſich ſpäter als beſonders bedeutſam erweiſen bei der Lehre von der Colliſion der Geſetze, z. B. bei der Frage, was Rechtens ſei, wenn eine Verbindlichkeit in dem Lande A. entſtanden, dort aber verjährt iſt, und nun in dem Lande B., wo ſie noch nicht verjährt iſt, zur Klage kommt. — Man hat auch wohl geſagt, daß das Geſetz weſentlich die Geltung einer Inſtruction für den Richter habe, und namentlich haben dieſe Behauptung zwei berühmte, obgleich ihrer Stellung und ihrem Geiſte nach einander ſehr unähnliche Männer aufgeſtellt: Friedrich der Große[14]) und Herr v. Haller[15]). Auch dieſe Bezeichnung iſt zwar nicht völlig falſch, aber doch inſofern unrichtig, als ſie das, was nur Eigenſchaft einer gewiſſen Claſſe von Geſetzen iſt, als den allgemeinen Charakter des Geſetzes darſtellen will. Denn allerdings ſind die Dispoſitivgeſetze (dieſe Bezeichnung in dem oben erläuterten Sinne genommen) eigentlich nur eine Inſtruction für den Richter, wiewohl natürlicherweiſe den Parteien die Kenntniß der dießfallſigen Beſtimmungen keineswegs gleichgiltig ſein kann. Doch auch viele Ordinativ- und Regulativgeſetze haben nur die Natur einer Inſtruction für den Richter. Gewiſſermaßen gehören dahin ſelbſt die Strafbeſtimmungen in den Strafgeſetzen. Das Strafgeſetz beſteht nämlich eigentlich aus zwei Elementen[16]), dem abſoluten Verbote (bisweilen auch Gebote) und der speciellen Strafbeſtimmung. Die letztere hat in der That weniger den Zweck, den Unterthan zu bedrohen, als vielmehr dem Richter vorzuſchreiben, welche Strafe er gegen diejenigen zu verfügen habe, welche ſich einer Geſetzübertretung ſchuldig machen.

Wie das Geſetz nur durch den Willen des Geſetzgebers, welcher Wille als der ideale Geſammtwille der ganzen Staatsgenoſſenſchaft gedacht werden muß, ſeine Geltung hat, ſo hat es dieſelbe auch nur von dem Augenblicke an, wo dieſer Wille ausgeſprochen und den einzelnen Mitgliedern des Staates bekannt gemacht worden iſt. Dieſe Bekanntmachung heißt **Publication des Geſetzes**. Sie geſchieht auf mannigfaltige Arten, es iſt aber ein durch ihren Zweck bedingtes Erforderniß, daß ſie ſtets in ſolcher Weiſe vollzogen werde, welche geeignet iſt, das Geſetz zur Kenntniß aller derer zu bringen, die entweder ihre Handlungsweiſe darnach beſtimmen ſollen, oder doch ſonſt ein Intereſſe haben, den Willen des Staates kennen zu lernen. Ob das Geſetz für

---

14) **Schloſſer's** Briefe über die Geſetzgebung u. ſ. w. (Frankf. 1789), S. 325 flg.

15) **Haller**, Reſtauration der Staatswiſſenſchaften Bd. 1, S. 185.

16) S. des Vfs. Aufſatz: Ueber die Möglichkeit, einem Strafgeſetzbuche Vollſtändigkeit zu geben, in **Pölitz** Jahrb. der Geſchichte und Politik 1837, Auguſtheft S. 102.

das geſammte Machtgebiet des Staates und alle darinnen Lebenden, oder nur für gewiſſe dort befindliche Perſonen — ob es nur für die Dauer des Aufenthaltes eines Menſchen im Staatsgebiete, oder vielleicht für die Staatsangehörigen auch außerhalb der Grenzen des Staates gelte, läßt ſich nicht im allgemeinen beſtimmen, und die Behauptung, daß das Geſetz nur innerhalb des Staates, der es gegeben hat, Giltigkeit habe, iſt in dieſer Allgemeinheit ganz unſtreitig falſch. Denn es gibt gar manche Geſetze, welche den Staatsbürger auch dann verpflichten, wenn er ſich zufällig außerhalb der Grenzen des Staates, dem er angehört, befindet. Selbſt außer dieſem Falle äußern die Geſetze des Inlandes nicht ſelten Wirkungen im Auslande und umgekehrt, wovon ſpäter mit Mehrerem die Rede ſein wird. — Bekanntſchaft mit dem Geſetze iſt zwar eine unerläßliche Bedingung der Verpflichtung zur Beobachtung deſſelben; indeſſen wird dieſe Bekanntſchaft wenigſtens bei dem Staatsbürger, wo nicht beſondere Ausnahmen ſtattfinden, präſumirt, und zwar dergeſtalt, daß der Beweis des Gegentheils gar nicht zugelaſſen wird. Bei dem Ausländer, der ſich in unſerem Staate befindet, leidet dieſe Präſumtion einige Beſchränkung, die aber bei weitem nicht ſo bedeutend iſt, als man häufig annimmt; und man kann eigentlich nur ſo viel mit Beſtimmtheit behaupten, daß Polizeigeſetze, worinnen Einrichtungen, die in anderen Staaten nicht oder nicht in dieſer Maße beſtehen, ſanctionirt und die Uebertretungen dieſer Geſetze mit Strafe bedroht ſind, auf den Fremden, der ſie übertritt, ohne ſie zu kennen, nicht angewendet werden, und auch dieß iſt wohl eigentlich nicht als eine Rechtsregel, ſondern mehr als eine Vorſchrift der Billigkeit anzuſehen. — Das einmal gegebene Geſetz behält ſeine Geltung in der Regel für immer (lex semel lata semper loqui praesumitur); es kann jedoch dieſe Geltung wiederum verlieren 1) durch ein neues poſitives Geſetz, wodurch das ältere aufgehoben wird, 2) durch ein entgegenſtehendes Gewohnheitsrecht (wovon unter dem Art. Gewohnheit und Gewohnheitsrecht das Mehrere zu ſagen ſein wird), 3) wenn es nur für gewiſſe Verhältniſſe und Umſtände gegeben iſt, und dieſe Umſtände ſämmtlich hinwegfallen — keineswegs aber, wenn die bloße ſogenannte ratio legis hinwegfällt. — Eine der ſchwierigſten Fragen in Bezug auf Geltung der Geſetze iſt die: ob das publicirte Geſetz eine rückwirkende Kraft habe[17]). Es kommt auch hier auf die ver-

---

17) G. v. Struve, über das poſit. Rechtsgeſ. rückſichtl. ſeiner Ausdehnung in der Zeit, oder über die Anwendung der Geſetze. Götting. 1837. — H. A. Zachariä, über die rückwirkende Kraft neuer Staatsgeſetze. Götting. 1834. — Feuerbach, kann die Gerichtsverfaſſung eines conſtitutionellen Staates durch bloße Verordnungen rechtsgiltig verändert werden? S. deſſ. kl. Schriften I, Nr. VII, S. 185 flg. — Bauer, über die Grenzen der Anwendung des Code Napoléon. Götting. 1814. — Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Geſetze. Hannov. 1818. C. Lynker, de vi legis in praeteritum. (Jen. 1681. 1751.) T. 5. R. C. Henne, de vi leg. in praeterit. Erf. 1737. C. G. Reinhardt, de valore et vi leg. in praet. Hal. 1748. Reinhardt, ad Christianaeum. Vol. I. obs. 49. nr. 5. Huber, praet. L. 1. T. 3. §. 3. Müller ad Leyser, obs. 15. Gön-

ſchiedene Natur der Geſetze ſelbſt an. Ordinative Geſetze, d. i. ſolche, welche etwas gebieten oder verbieten, können natürlicherweiſe nur von dem Momente ihrer Publication an Geltung haben, und was früher geſchehen oder nicht geſchehen iſt, kann nach dieſem Geſetze nicht beurtheilt werden. Allein bei allen übrigen Gattungen von Geſetzen wird anzunehmen ſein, daß auch die bereits ſchon vorgekommenen Fälle, die aber jetzt erſt nach dem Geſetze beurtheilt werden ſollen, der Beſtimmung des neuen Geſetzes unterliegen, doch mit folgenden Ausnahmen: 1) Die von dem neueren Geſetze auf eine ſchon früher verboten geweſene Handlung angedrohte härtere Strafe kann nicht auf die Uebertreter des älteren Geſetzes, welches nur eine gelindere Strafe drohete, angewendet werden. (Ein poſitives Gewohnheitsrecht erkennt dieſe Regel faſt allgemein an. Ob ſie aber theoretiſch begründet ſei, iſt beſtritten.) 2) Die Frage, ob vor der Aenderung der Geſetze ein Recht erworben, oder eine Verbindlichkeit begründet, desgl. ob ein Rechtsgeſchäft in den zu ſeiner Giltigkeit erforderlichen Formen vollzogen worden ſei, muß aus dem älteren Rechte beantwortet werden — während die Frage, ob das erworbene Recht noch jetzt im Staate geltend gemacht werden könne, ob die Verbindlichkeit noch klagbar ſei, ob die durch ein Rechtsgeſchäft getroffenen Beſtimmungen ferner Giltigkeit haben ſollen, lediglich nach dem neueren Rechte entſchieden werden muß. Z. B. A. hat ein Teſtament zu einer Zeit gemacht, wo am Orte der Errichtung nur 3 Zeugen als äußere Solennität erfordert wurden. Ein ſpäteres Geſetz verlangt die Gegenwart von 5 oder 7 Zeugen; hier wird das frühere Teſtament, auch wenn es erſt nach dem Erſcheinen des Geſetzes eröffnet wird, ſeine Giltigkeit behalten. Wenn aber in einem neuen Geſetze der Pflichttheil der Kinder von einem Dritttheile auf die Hälfte erhöht worden wäre, und der Teſtator hätte in ſeinem vorher errichteten Teſtamente ſeine Kinder auf einen Dritttheil eingeſetzt, er verſtürbe aber, nachdem jenes abändernde Geſetz erſchienen wäre, ſo würden dieſe Kinder die Hälfte als Pflichttheil fordern können. Ebenſo, wenn bis zum 31. Dec. 1841 in einem Lande Pachte, z. B. über die Jagd, ohne weitere Solennitäten durch bloße Uebereinkunft den Parteien giltig, hätten abgeſchloſſen werden können, und es wäre bereits im J. 1840 ein ſolcher Contract

---

ner, Archiv B. 1. Hft. nr. 10. Chabot de L'Allier, questions transitoires. (Par. 1809.) Liv. 2. 4. Sirey, Journ. 1809. II. 277. Bibl. du Barreau 1809. I. 97. Ueber die rückwirk. Kraft der Geſetze, aus dem Franz. von Blondeau. Düſſeld. 1810. Pfeiffer, Rechtsfrag. (Hann. 1810), Hft. 1, 2. Germania B. 3, Hft. 1—3, Nr. XVI. A. D. Weber, über die Rückanwend. poſ. Geſ. Hannov. 1811. C. G. Overbeck, über die Fortdauer d. Giltigk. älterer Hypoth. auf Mobil. Hamb. 1812. C. C. J. v. Herrestorff, über die zurückwirk. Kraft der Geſ. Düſſeld. 1812. Zeller, über Fortwirk. der alten Statute auf Güterverhältniſſe und Erbſch. Heilbr. 1813. Rehberg, über d. Cod. Nap. S. 62—90. J. Wieſen, über die rückw. Kraft d. Geſ. Wetzl. 1814. J. N. Borſt, üb. d. Anwend. neuer Geſ. auf früher entſtand. Rechtsverh. Bamb. 1814. F. K. v. Strombeck, Beitr. Gött. 1816. Rudhart, Controv. im Cod. Nap. Bd. 1, S. 11—220. Grolmann Cod. Nap

zwiſchen A. und B. auf 6 Jahre abgeſchloſſen worden; nun erſchiene aber am 1. Januar 1842 ein Geſetz, daß die Jagdpachte nur vor Gericht mit Giltigkeit abgeſchloſſen werden könnten, ſo würde der frühere Pacht nichtsdeſtoweniger gelten. Wäre aber in dem neuen Geſetze die Giltigkeit der Jagdpachte etwa gänzlich aufgehoben, ſo würde auch der früher geſchloſſene Pacht ſeine Rechtswirkung verloren haben, dafern nicht das Geſetz ausdrücklich die ſchon beſtehenden Rechtsverhältniſſe erhalten zu wollen erklärt hat.

Außer dieſen unter 1) und 2) erwähnten Fällen iſt alſo ein neues Geſetz auch auf die in der Vergangenheit liegenden Fälle an und für ſich anwendbar; obgleich die Politik erfordert, bei einer neuen Geſetzgebung möglichſt ſchonend in Bezug auf frühere Verhältniſſe zu Werke zu gehen. Der ſchwierigſte von den hierher gehörigen Fällen iſt der, wenn in einem Lande eine ganz neue Geſetzgebung eingeführt worden iſt, etwa weil es Theil eines anderen Staates wurde. Doch auch hier werden im allgemeinen, und wenn nicht Staatsverträge oder Erklärungen des neuen Regenten eine Milderung bewirken, nur die oben angegebenen Grundſätze zu befolgen ſein. Der Fall iſt nicht anders zu beurtheilen, als ob ſämmtliche Bewohner des abgetretenen Landes in den Staat, mit dem ſie verbunden werden, hinüber gezogen wären.

Mit der Lehre von der Geltung der Geſetze hängt auf das Engſte zuſammen die Frage: welche Wirkung die Nichtbeachtung derſelben habe? Iſt auf dieſe Nichtbeachtung in dem Geſetze ſelbſt eine Strafe oder ſonſt ein Nachtheil geſetzt, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß dieſer eintritt. In ſehr vielen Fällen iſt Nichtigkeit eines, den Geſetzen nicht gemäßen Geſchäftes ausdrücklich angedroht. Daß ſie dann eintritt, kann keinem Zweifel unterworfen ſein. Wohl aber iſt es zweifelhaft, ob jene Nichtigkeit auch dann ſtatt hat, wenn ſie im Geſetze nicht ausdrücklich angedroht iſt. Es ſind hier mehrere Fälle zu unterſcheiden. Iſt nämlich das Geſetz ein ordinatives, ſo iſt ſein Inhalt entweder präceptiv oder prohibitiv. Iſt er präceptiv, ſo kommt es wiederum darauf an, ob in dem Geſetze Vorſchriften gegeben ſind, deren Beobachtung Bedingung der Giltigkeit des Geſchäftes iſt. Wo dieß der Fall iſt, da wird das Geſchäft ungiltig ſein, wenn jene Bedingungen nicht erfüllt ſind, möge nun die Ungiltigkeit ausdrücklich als Folge der Nichtbeachtung jener Vorſchriften ausgeſprochen worden ſein, oder nicht. Wo aber dieſe Anordnungen die Natur der Bedingungen nicht haben, da bleibt das Geſchäft giltig, auch wenn es dem Geſetze nicht gemäß eingerichtet worden iſt, obwohl immer noch mannigfaltige andere Nachtheile für den Handelnden eintreten können, z. B. Strafe. Iſt das Geſetz ein prohibitives, ſo iſt die Frage, ob ein demſelben entgegenlaufendes Geſchäft giltig oder ungiltig ſei, ſchwerer zu entſcheiden. Ehemals theilte man die Geſetze in leges perfectas, imperfectas und minus quam perfectas. Die Bedeutung dieſer Ausdrücke erhellt aus einer von Cujacius ſcharfſinnig ergänzten Stelle des Ulpian (I. §. 1.)[18]): **Lex aut perfecta est, aut imperfecta, aut minus quam**

---

18) Obs. XIX. 30.

perfecta. Perfecta lex est veluti Aelia Sentia, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, rescindit. Imperfecta lex est, veluti Cincia, quae supra certum modum donari prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et, si plus donatum sit, non rescindit §. 2. Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit: sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit: qualis est lex Furia testamentaria. Jetzt nimmt man mit Beziehung auf Const. 5. C. de leg. (1. 14.) gewöhnlich an, daß jedes gegen ein Prohibitivgeſetz laufende Geſchäft ipso iure ungiltig ſei. Nullum enim pactum (ſo lauten die Worte der angezogenen Stelle) nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas, trahi generaliter imperamus: ut legis latori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat: ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur: licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse quod factum est. Sed et siquid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. Man hat dieſes Geſetz ganz allgemein von allen und jeden Prohibitionen verſtehen wollen. Dieß iſt jedoch jedenfalls zu weit gegangen, wiewohl es andererſeits wiederum unrichtig wäre, wenn man deſſen Geltung blos auf Contracte beſchränken wollte. So viel iſt ausgemacht, daß eine einſeitige Handlung, welche entweder im allgemeinen, oder in beſonderer Beziehung auf denjenigen, der ſie vollzieht, verboten iſt, als Geſchäft betrachtet, von ihm nicht für ſich angezogen werden kann, denn Niemand kann aus ſeinem geſetzwidrigen Handeln Vortheile ziehen. Zweifelhafter aber iſt es, was Rechtens ſei, wenn dem verbietenden Geſetze entgegen ein Obligationsverhältniß mit dritten Perſonen hergeſtellt worden iſt, und doppelt zweifelhaft, wenn das Verhältniß nur den Einen der Contrahenten trifft, z. B. wenn A. und B. mit einander ein Geſchäft abgeſchloſſen haben, welches zwar dem A., aber nicht dem B. verboten iſt, wo auch vielleicht A. die verbotene Leiſtung bereits gewährt hat, und nun dafür eine anderweite Leiſtung von B. fordert, — ferner wenn es ſich darum handelt, ob die durch die Handlung des A. übernommene Verbindlichkeit, oder auch der durch dieſe Handlung herbeigeführte Zuſtand wieder aufgelöſt werden ſoll oder nicht — alſo z. B. wenn dem an ſich wechſelfähigen A. unterſagt war, Wechſelgeſchäfte zu machen (was wohl zu unterſcheiden iſt von dem Falle, wo Jemand oder eine ganze Claſſe von Unterthanen für unfähig erklärt iſt, ſich nach Wechſelrecht verbindlich zu machen), er hat aber dem B. eine Tratte verkauft und ihm die Valuta creditirt, — oder er iſt einem ſpeciellen ſeine Perſon betreffenden Prohibitivgeſetze entgegen in eine Societät mit dem B. getreten. Hier iſt es, wie geſagt, ſehr ſtreitig, welche Wirkung die Vorſchrift habe, daß das verbotene Geſchäft ohne Rechtswirkung ſei. Dem Verf. iſt ein Fall der erſten Art vorgekommen, wo dem Kläger, einem Mäkler, dem die

Mäklerordnung ſeines Ortes alle Wechſelgeſchäfte unterſagte, ein Klagrecht auf die Valuta ſeines Wechſels, den er an einen Dritten auf Credit verkauft hatte, abgeſprochen wurde. Conſequenterweiſe müßte alſo auch die Klage abgewieſen werden, wenn man aus dieſem Wechſel an dem Mäkler hatte Regreß nehmen wollen, und eben ſo wenig würde ein Klagrecht gegen einen Aſſocié vorhanden ſein, dem die Betreibung eines Compagniegeſchäftes mit Anderen unterſagt iſt. Hier würde die actio pro socio und am Ende wohl gar die actio communi dividundo für unzuläſſig geachtet werden müſſen, und jeder der Aſſociés behielte, was er eben in ſeine Hände bekommen kann. Ja wenn Jemandem die Betreibung eines Handelsgeſchäftes überhaupt unterſagt wäre (wie dieß Alles namentlich bei Mäklern oft der Fall iſt — ſ. Leipziger Mäklerordnung vom Jahre 1818, §. 20), und er dennoch ein ſolches errichtete, ſo würde weder er gegen ſeine Schuldner, noch ſeine Gläubiger gegen ihn klagen können — alles Sätze, die in der That mit dem ganzen Rechtsſyſteme unvereinbar ſind. Daher müſſen denn faſt nothwendigerweiſe gewiſſe Beſchränkungen der in L. 5. C. de leg. ausgeſprochenen Nichtigkeit der Geſchäfte derer, qui contrahunt lege prohibente, angenommen werden. Es ſcheinen ſich dieſelben am deutlichſten und natürlichſten darzuſtellen, wenn man ſie in folgende Regeln faßt. I. Iſt das Prohibitivgeſetz ein abſolutes und zugleich ein allgemeines (wodurch alſo eine gewiſſe Handlung objectiv für unerlaubt erklärt wird), ſo gilt die ganze Strenge des Geſetzes. Es findet keine Klage auf Vollziehung ſtatt, und das Gegebene kann nicht zurückgefordert werden, weil auf beiden Seiten par turpitudo vorhanden, und alſo melior causa possidentis iſt. Doch gelten hier folgende Ausnahmen: a) wenn eine objectiv unerlaubte Handlung nur bedingt und dergeſtalt unterſagt iſt, daß unter gewiſſen Bedingungen die Erlaubniß, ſie zu vollziehen, erlangt werden kann, ſo wird aus einem Vertrage, bei dem eine derartige Leiſtung verſprochen worden iſt, der Promittent wenigſtens ſo weit rechtlich verpflichtet, daß er thun muß, was er kann, um die Erlaubniß zur Erfüllung zu erhalten. b) Wenn eine Handlung vollzogen worden iſt, die nicht ſchon ihrer Form halber (wie z. B. wegen Gewalt) dem Verbote unterliegt, ſondern, wie etwa das Wegnehmen einer fremden Sache, nur unter Vorausſetzung einer rechtswidrigen oder unmoraliſchen Geſinnung als unerlaubt erſcheint, wo auch die Rechtswidrigkeit und Schlechtigkeit der Abſicht nicht ſofort aus den Umſtänden hervorgeht, ſo kann, wenn eine ſolche Handlung in Vertragsverhältniſſen vorkommt, und der eine der Contrahenten in bona fide, oder in einem nicht unmoraliſchen Beginnen begriffen iſt, demſelben die Klage aus dem erfüllten Contracte oder nach Befinden, Rückforderung des Gegebenen, auch wohl eine Schädenklage nicht verweigert werden (z. B. die bona fides anlangend, wenn ein Träger von einem Diebe gemiethet wurde, geſtohlene Sachen wegzutragen, er wußte und vermuthete aber nicht, daß ſie geſtohlen waren). Hierher gehören auch die Fälle, von denen es heißt: turpiter accipitur, non turpiter datur (und umgekehrt) hinſichtlich deſſen, der nicht in turpitudine iſt. II. Iſt das Prohibitivgeſetz nur ein hypothetiſches oder, wenn auch ein abſolutes,

doch kein allgemeines, ſondern nur ein ſolches, welches eine Handlung in Beziehung auf gewiſſe beſondere Umſtände und Verhältniſſe unterſagt, namentlich nur einem Theile verbietet, etwas zu leiſten oder gewiſſe Leiſtungen von einem Anderen anzunehmen, ſo kann, ſo lange der Vertrag noch unerfüllt iſt, der dem Verbote unterliegende Contrahent weder auf die verbotene Leiſtung belangt werden, noch unter dem Erbieten, den Contract zu erfüllen, den anderen Contrahenten auf die etwa verſprochene Leiſtung oder Gegenleiſtung belangen. Iſt aber der Contract von ſeiner Seite bereits erfüllt, und hat er die Handlung, die ihm unterſagt war, bereits vollzogen, alſo dasjenige, was er nicht thun oder geben ſollte, gethan oder gegeben, oder eine Verbindlichkeit, die er nicht übernehmen ſollte, übernommen u. ſ. w., ſo bleiben eben ſowohl ſeine Privatanſprüche, als ſeine Privatverbindlichkeiten ſtehen. Iſt ein geſetzwidriges Verhältniß durch ſeine Handlung herbeigeführt worden, ſo geſchieht die Auflöſung nur ex nunc, nicht aber ex tunc. Hat er das ihm Verbotene noch nicht geleiſtet, aber bereits eine Gegenleiſtung dafür empfangen, ſo kann dieſe mit der condictio sine causa zurückgefordert werden — dagegen fällt die Zurückforderung auf Seiten des Gebers weg, wenn nur dem Empfänger die Annahme einer Sache u. ſ. w. unterſagt war, und er ſie dennoch angenommen hat — allemal mit dem Vorbehalte, daß nicht ſpecielle Geſetze ein anderes verordnen. Auch dadurch können die Verhältniſſe geändert werden, daß die Handlungsweiſe des anderen Contrahenten ſelbſt eine Widerrechtlichkeit oder turpitudo enthält; allein eine ſolche iſt blos um deswillen, weil er mit Jemandem contrahirt, dem in ſeiner perſönlichen Stellung ein derartiger Vertrag unterſagt worden war, noch keineswegs anzunehmen. Selbſt dann, wenn die Eingehung eines geſchloſſenen Contractes beiden Contrahenten, aber beiden blos für ihre Perſonen unterſagt war, gelten obige Regeln, und wenn alſo (um auf das obige Beiſpiel zurückzugehen) ein Mäkler an den anderen einen Wechſel verkauft hätte, ſo würde der Verkäufer den Käufer auf die Valuta, und der Käufer den Abkäufer mit der Regreßklage ganz füglich belangen können. So erläutert es ſich auch, wenn Papinian in L. 5. D. de cond sine causa ſagt, daß wenn ein Eheverlöbniß ſelbſt in völlig verbotenen Graden geſchloſſen, und bereits eine dos bezahlt worden ſei, dieſe mit der condictio sine causa zurückgefordert werden könne — und ebenſo erſcheint es unter den obigen Vorausſetzungen ganz regelmäßig, wenn die Ehe im verbotenen Grade, dafern ſie nur noch zu den dispenſabeln gehört, ingleichen die von einer Wittwe im Trauerjahre eingegangene eheliche Verbindung keineswegs für nichtig geachtet wird — wenn man die Klage eines Handwerkspfuſchers auf Bezahlung der von ihm gelieferten Arbeit zuläßt, wie dieß nach einer, wenigſtens in Teutſchland, weitverbreiteten Praxis geſchieht u. ſ. w. Man könnte gegen dieſe Sätze vielleicht L. 30. C. de locat. cond. (4. 65.) anführen wollen. Dort iſt nämlich den curialibus die Erpachtung fremder Grundſtücke und die Verbürgung für andere Pachter, dergeſtalt unterſagt, daß bei Uebertretung dieſes Verbotes die verpachtete Sache confiscirt und keinem der contrahirenden Theile gegen den anderen eine Klage aus dieſem Geſchäfte zuge-

ſtanden werden ſoll. Dieſes Argument ſcheint dadurch noch ein größeres Gewicht zu bekommen, daß L. 30. C. de loc. cond. ein Auszug iſt aus der vierten Novelle Theodoſius des Jüngeren: ne curialis praedium alterius conducat, aut fideiussor conductoris existat, und daß gerade in dieſer Novelle dieſelben allgemeinen Grundſätze ausgeſprochen wurden, welchen die Compilatoren des Codex eine Stelle in der, ebenfalls aus jener Novelle entlehnten L. 5. C. de leg. angewieſen haben, ſo daß alſo zwiſchen L. 5. C. de leg. und L. 30. C. de loc. cond. ein Verhältniß in der Art zu beſtehen ſcheint, daß die letztere Stelle den Grundſatz, die erſtere die Anwendung des Grundſatzes auf einen beſonderen Fall enthält. Allein wie aus dem hervorgeht, was oben über Interpretation der Geſetze geſagt worden iſt, kann eine ſolche Art und Weiſe der Geſetzerklärung unmöglich Billigung finden. Das Geſetz, die Curialen betreffend, bezieht ſich auf ein ſpecielles, bei uns nicht mehr exiſtirendes Verhältniß, und iſt daher an und für ſich nicht mehr anwendbar. Der allgemeine Grundſatz in L. 5. C. de leg. aber kann, da er in der Allgemeinheit, in der er ausgeſprochen iſt, mit dem übrigen Rechtsſyſteme unvereinbar erſcheint, nur auf eine ſolche Weiſe erklärt werden, daß dieſe Widerſprüche verſchwinden. Dieß dürfte aber kaum auf eine andere Weiſe möglich ſein, als durch eine Beſchränkung des Umfanges der L. 5. C. de legib. — Unter den vielfachen möglichen Beſchränkungen aber wird diejenige den Vorzug verdienen, welche an ſich die geringſte und zugleich ſo beſchaffen iſt, daß ſie mit dem übrigen Syſteme am beſten übereinſtimmt.

Anwendung des Geſetzes.

Sie iſt an und für ſich eine logiſche Function und behält dieſen Charakter auch dann, wenn ſie von Seiten des Richters erfolgt. Es ſind alſo hierbei zunächſt die Regeln der Logik zu beobachten. Außerdem finden ſich jedoch einige ſpecielle Vorſchriften über das hierbei zu beobachtende Verfahren. Der Richter ſoll auf der einen Seite das ſtrenge Recht nicht geltend machen wollen, wo die Rückſicht auf die Natur der Sache vorherrſchen muß, ſondern ſich vielmehr in ſolchem Falle erinnern: esse hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur. L. 91. D. de verb. obligat. (45. 1.) — er darf aber auch auf der anderen Seite nicht weiſer ſein wollen, als der Geſetzgeber und nicht vergeſſen, daß er nur Diener des Geſetzes iſt. Namentlich ſoll er ſich enthalten, die Härte des Geſetzes eigenmächtig zu mildern: Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis (i. e. imperatoribus) solis et oportet et licet inspicere. L. 1. C. de legibus. (1. 14.) Er ſoll daher zwar mehr den Geiſt als den Buchſtaben des Geſetzes vor Augen haben (scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. L. 17. D. de legibus etc. [1. 3.]). Er ſoll aber auch alle willkürliche Deuteleien und Verdrehungen des Geſetzes vermeiden: Quidam consuluit, an possit efficere actio ad exhibendum, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset? Respondit (Alfenus): Non oportere ius civile calumniari, neque verba captari: sed, qua

mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi: quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset. L. 19. D. ad exhibend. (10. 4.)

Colliſion der Geſetze.

Bei der Beſtimmung des gegenſeitigen Verhältniſſes mehrerer Geſetze ſind verſchiedenartige Rückſichten zu nehmen. Haben dieſe mehreren Geſetze ganz denſelben Bezirk, und ſind ſie zugleich aus derſelben Zeit, ſo gilt im Allgemeinen der Satz, daß die generelle Beſtimmung Regel und die ſpecielle eine Ausnahme iſt. Sind ſie aber aus einer verſchiedenen Zeit, ſo geht das neuere Geſetz dem älteren vor, ausgenommen, wenn das ſpätere Geſetz ein generelles iſt, während das ältere ein ſpecielles war. Doch iſt dieſe Regel mit großer Vorſicht anzuwenden. So lange es möglich iſt, müſſen beide Geſetze ſo erklärt werden, daß die Vorſchriften beider neben einander beſtehen, und es iſt hier Bezug zu nehmen auf das, was oben über widerſprechende Geſetze geſagt worden iſt. Sind die Geſetze für ungleiche Bezirke gegeben, und liegt der kleinere Bezirk des einen Geſetzes in dem größeren des anderen, ſo geht das Geſetz des kleineren Bezirkes in der Regel dem für den größeren Bezirk gegebenen Geſetze vor. Daher hat das ſtatutariſche Recht einer Stadt oder eines Dorfes den Vorzug vor dem Rechte der Provinz, dieſes wiederum den Vorzug vor dem Landesrechte, dieſes wieder vor dem gemeinen teutſchen Rechte. Dieſer Regel nach ſollte auch das teutſche Recht unbedingt den Vorzug vor dem canoniſchen Rechte und dieſes wieder vor dem römiſchen Rechte haben. Dieß iſt jedoch nicht immer der Fall, und namentlich bedarf es zur Beſtimmung des Verhältniſſes zwiſchen dem canoniſchen und römiſchen Rechte beſonderer Regeln, die jedoch nicht hierher gehören. Die bei weitem meiſten Schwierigkeiten[19]) bietet jedoch die

19) Die Lehre von der Colliſion der Geſetze, beſonders der Privatrechtsgeſetze verſchiedener Staaten, iſt theils in den ausführlichen Werken von Glück (Erläut. der Pandekten, verbunden mit Reinhardt's Ergänzungen), Mühlenbruch (im Pandektenrechte), Eichhorn, Mittermaier, Phillips, Türk, Maurenbrecher u. A. in ihren Werken über das teutſche Privatrecht, theils in beſonderen Abhandlungen behandelt worden. Von den letzteren ſind zu bemerken: Burgundius, ad consult. Flandr. aliarumq. gent. tractat. Arnh. 1621. 1670. — Bern. Barilis, Disp. de potest. leg. municip. in advenas et indigenas. Lugd. 1641. — Dav. Mevius, comm. in ius Lubecense. I. ed. 1642. 43. ed. II. Francof. 1664. Prolegom. Quaest. IV. u. VI. ingleichen Comment. ad Part. II. Tit. 1. art. 16. Tit. 2. art. 10. — Paul. Voetius, de statutis eorumq. concursu. Amstelod. 1661. — Sam. Stryk, D. de iure principis extr. territor. 1674. cap. III. in ſ. Diss. iur. for. T. II. p. 26—36. — Huber, Praelect. iur. civ. ad I. 3. de confl. leg. Lib. III. sect. IV. c. 1. — Henr. de Cocceji, D. de fundata in territorio et plur. locor. concurrente potestate. Francof. a. V. 1684. in deſſen Exercitt. curios. Vol. I. p. 680—746. Ziegler, Dicastice s. de iudic. offic. et delict. Viteb. 1672. Wolff, dispp. de for. ad ius statutor. relat. Lugd. 1685. — Carpzov, de quaest., quaten. forens. obligentur statut. alien. civitat. Lips. 1685. — J. N. Hert, D. de collisione

Frage dar, welche Regeln gelten ſollen, wenn in einem Lande Verhältniſſe zur Sprache und gerichtlichen Beurtheilung kommen, welche im

---

legum 1688. in ſ. Comment. et opusc. Vol. I. p. 129—222. — Dav. Scheinemann, de auctoritate leg. civil. extra territor. legislatoris. Tubing. 1696. — Henr. Hildebrand, D. de obligat. forensium. etc. 1698. — Lynker, de statutis civitat. provinc. Jen. 1699. — Radenburg, de iure coniug. Col. Agr. 1699. — de Witzendorf, de statut. civitat. provinc. Jen. 1704. — Zollius, de praeferent. statutor. discrepant. Rinteln 1711. — Meier, D. de statutor. conflictu. Giess. 1715. — Froland, Mémoires concernans la nature et la qualité de statuts etc. Par. 1729. — Ernst, de statut. eorumq. conflictu. Mogunt. 1732. — Boullenois, Dissertations sur des quéstions, qui naissent de la contrairiété des loix et des coutumes. Par. 1732. — Tob. Jac. Reinhardt, D. de iur. non scripti extra territor. efficientia. Gott. 1737. 4. — Bilderbeck, Zelliſches Stadtrecht. Zelle 1739. — Riccius, Entwurf von Stadtgeſetz. und Statutis. Frankf. und Leipz. 1740. — Alef, D. de divers. statutor. concursu. Heidelb. 1740. (in ſ. Diebb. acad. p. 167—184. 4.) — J. S. Boehmer, D. de efficacia statuti personalis extra territor. (Frcf. ad V. 1756.) Ed. II. 1759. 4. — Car. Ferd. Hommel, Rhaps. quaest. in foro quotid. obven. Ed. IV. T. II. Obs. 409. — Carol. Francisc. Boeschen, D. (pr. C. A. Schott) de vi legum civil. in subdit. temporar. Lips. 1772. 4. — Joh. Theoph. Seeger, D. de vi legum et decret. in territ. alien. Lips. 1777. 4. — Franc. Jos. Hartleben, Meditt. ad Pand. Vol. XI. (Frcf. 1778. 4.) Spec. IX. — Car. Chrstph. Hofacker, de efficacia statutor. in res extr. territ. sitas. Tubing. 1778. 4. — Menken, de statut. civitat. provinc. in success. ab intest. ad bona etiam alibi sita secund. ius civile extendendis, in Opusc. nr. 7. p. 201. — Hamm, de statut. collisione et praefer. in caus. success. ab intest. Erl. 1792. — Biener, de Germano sua lege vivente. Lips. 1805. — Meier, de confl. leg. divers. in divers. loc. obtinent. Brem. 1810. — Braam, Diss. Jurid. Inaug. de leg. nostrar. civil. cum legib. peregr. confl. Gronov. 1821. — Fried. Guil. Tittmann, de competentia legum externar. et domest. in definiendis potiss. iurib. coniug. Hal. 1822. 8. — Oerſtadt, Abhandl. über die Anwend. fremd. Geſ. in der Eunomia Bd. 4, S. 1—105. Kopenh. 1822. — Henry, treatise on the difference between personal and real statuts. Lond. 1823. — Aug. Frid. Chr. G. Hauss, D. de principiis, a quibus pendet legum sibi contrariar. auctoritas, si quae varior. locor. constitut. colliduntur.... in primis de usu regulae: „locus regit actum“ recte determ. Gott. 1824. — Eivermore, Dissertat. on the contrariety of laws. New-Orl. 1828. — Carl Sam. Zachariä, über die Rechtsregel: locus regit actum in Elwer's Themis Bd. 11, 1830, S. 95-118. — Rud. Brinckmann, von dem Widerſpruche ausländ. und einheim. Geſetze, in ſ. wiſſenſchaftl. pract. Rechtskunde Bd. 1, 1831, S. 5—18. — Mittermaier, über die Colliſion der Prozeßgeſetze, in dieſ. Archiv B. XIII, S. 292—316. — Aug. Siegm. Kori: Nach welchen Landesgeſetzen ſind Ausländer wegen ihrer im Inlande vorkommenden Rechtsangelegenheiten zu beurtheilen? in ſ. Erörterungen pract. Rechtsfragen Th. 3, 1833, S. 1—30. — Guſt. v. Struve, über das poſitive Rechtsgeſetz in ſ. Beziehungen auf räumliche Verhältniſſe und üb. die Anwendung der Geſetze verſchiedener Orte. Karlsr. 1834. — Story, Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic, in regard to contracts, rights and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions and iudgments. Boston 1834. Edinb. 1835. — Element of internation-law with a sketch of the history of the science. By H. Wheaton. Lond. 1836. Seuffert, Comment. üb. die bayer. Gerichtsordn.

Auslande, wo andere Geſetze, als im Inlande gelten, entſtanden ſind. Auf der einen Seite iſt nämlich jeder Staat ein unabhängiges, ſelbſtſtändiges und auch als Rechtsanſtalt für ſich beſtehendes Ganze, welches die Geſetze und Einrichtungen anderer Staaten zu berückſichtigen nicht verbunden iſt. Auf der anderen Seite iſt es eine Thatſache, die kein einzelner Staat ignoriren kann, daß neben ihm andere Staaten in gleicher Unabhängigkeit und Selbſtſtändigkeit vorhanden ſind, und daß zwiſchen den Unterthanen aller dieſer Staaten gewiſſe Verbindungen und Verhältniſſe beſtehen, welche ſich über die Grenzen der einzelnen Länder hinaus in das Gebiet der anderen erſtrecken. Somit erſcheint die Frage über die Colliſion der Geſetze verſchiedener Staaten nicht als eine privatrechtliche (wiewohl ſie in Bezug auf privatrechtliche Geſetze von beſonderer Wichtigkeit iſt), auch nicht einmal als eine ſtaatsrechtliche im eigentlichen Sinne, ſondern in ihrem tiefſten Grunde als eine Frage des Völkerrechtes, oder, wenn man will, des Weltbürgerrechtes. Man würde jedoch irren, wenn man ein Syſtem von Regeln über dieſe Materie lediglich auf vernunftrechtliche Principien begründen wollte. Es zeigt ſich vielmehr bei näherer Betrachtung des Gegenſtandes, daß man hierbei einer hiſtoriſchen und poſitiven Grundlage nicht entbehren kann. — Zuvörderſt I. iſt darauf aufmerkſam zu machen, daß, wenn ein im Auslande entſtandenes Verhältniß im Inlande zur Sprache kommt, es nicht gleichgiltig iſt, in welcher Gegend der Erde daſſelbe ſeine Entſtehung gefunden hat. Es iſt nämlich eine unleugbare Thatſache, daß zwiſchen gewiſſen Staaten eine engere Verbindung beſteht, durch welche ſchon an ſich, und noch ganz abgeſehen von etwanigen ausdrücklichen Verträgen zwiſchen denſelben, eine größere Berückſichtigung der Geſetze und Inſtitute des einen Staates in allen anderen, dieſer Verbindung angehörigen Staaten bedingt wird. Eine ſolche Verbindung hat ſtatt zwiſchen allen Staaten von chriſtlich-europäiſcher Bildung dieſſeits und jenſeits des Oceans — ſie hat nicht ſtatt zwiſchen dieſen Staaten und den übrigen Staaten oder Völkerſchaften, bei denen chriſtlich-europäiſche Bildung nicht beſteht. (Wir wollen der Kürze halber jene die civiliſirten, dieſe die barbariſchen Staaten nennen, wo aber unter dem Ausdrucke „barbariſch"

(Erl. 1836), Bd. 1, S. 231. — Bocco, del 'uso ed autorità delle leggi del regno delle Due Sicilie, considerate nelle relazioni con le persona e col territorio degli stranieri. Napol. 1837. — Hartogh, Disp. de regul. iur.: loc. reg. act. Hag. Com. 1838. — Roßhirt, üb. den status civilis und üb. deſſen Wirkungen nach dem Unterſchiede des neueren Rechtes in Perſonal- und Realſtatuten, in ſ. Zeitſchr. Bd. 3, 1839, S. 331—346. — Kritz: Zur Theorie üb. die mögl. Beurtheilungen der contractmäß. Verbindlichk. eines Inländ. nach Geſ. des Auslandes, in ſ. Samml. v. Rechtsfällen Bd. 2, S. 85—132. — v. Wächter, üb. die Colliſ. der Privatgeſ. verſchiedener Staaten, im Arch. f. civil. Prax. Bd. 24, S. 230 flg. — Foelix, du conflit des loix de différentes nations, ou de droit internationale. Par. 1840. in der Revue étrangère et franc. de legislation etc. Februarheft S. 81 flg. — Dr. Wilh. Schäffner, Entwickelung des international. Privatrechtes. Frankf. a. M. 1841.

eben nichts Anderes verſtanden werden ſoll, als daß die etwanige Bildung der Bürger dieſer Staaten oder Bewohner jener Länder keine chriſtlich-europäiſche ſei.) Alles alſo, was außerhalb des Kreiſes der civiliſirten Staaten, entweder in barbariſchen Staaten oder im freien Raume, außerhalb des Gebietes irgend eines Staates, vorgegangen iſt, wird nach anderen Grundſätzen beurtheilt werden müſſen, als diejenigen Verhältniſſe, welche innerhalb des Machtgebietes der Staaten von chriſtlich-europäiſcher Bildung ihren Urſprung genommen haben. Doch wird bei Menſchen, die für ihre Perſonen Angehörige eines civiliſirten Staates ſind, unter gewiſſen, bald näher zu erörternden Umſtänden auf ihre Nationalität auch dann Rückſicht zu nehmen ſein, wenn ein ſie betreffendes Verhältniß, welches der rechtlichen Beurtheilung unterworfen werden ſoll, außerhalb der Grenzen der civiliſirten Staaten entſtanden wäre[20]). — II. Zu dieſen rein ſtaatlichen Beziehungen tritt noch ein anderweites poſitives Element hinzu, nämlich die Rückſicht auf die Kirche, und zwar theils auf die allgemeine chriſtliche Kirche — die Geſammtheit aller Bekenner der chriſtl. Religion von jeder in irgend einem chriſtlichen Staate anerkannten Confeſſion — theils auf die einzelnen chriſtlichen Kirchen, hierunter die Geſammtheit der Bekenner einer einzelnen beſtimmten Confeſſion verſtanden. Hier darf man Folgendes mit Beſtimmtheit annehmen: 1) Hinſichtlich der religiöſen Gemeinſchaft überhaupt, inſoweit ſie rechtliche Folgen hat, iſt das Princip anerkannt, daß Jeder, der von irgend einer chriſtlich-kirchlichen Gemeinde als Mitglied aufgenommen worden iſt, ja ſelbſt Jeder, der nur von einer chriſtlichen Mutter geboren iſt, im Zweifelsfalle und bis zum Beweiſe des Gegentheiles als Chriſt gilt. 2) Hinſichtlich der Ehe finden ähnliche Grundſätze ſtatt, von denen ſpäter mit Mehrerem geſprochen werden wird. — Auch beruhen 3) auf der Idee einer chriſtlichen Geſammtkirche gewiſſe eigenthümliche Rechtsverhältniſſe des Standes der Geiſtlichen, die ſich jedoch mehr in den einzelnen Hauptabtheilungen derſelben, namentlich in der römiſch-katholiſchen Kirche, und hier wiederum beſonders in den Staaten wirkſam erweiſen, welche die chriſtliche Religion in der Form des römiſch-katholiſchen Glaubensbekenntniſſes als Staatsreligion anerkennen.

Anlangend nun die politiſch-rechtliche Reciprocität der Staaten (welche zum Theil verbunden mit dem großen Geſammtinſtitute der chriſtlichen

---

20) Man nannte ehemals dieſe gegenſeitige Rückſicht der civiliſirten Staaten auf einander etwas komiſch: comitas gentium. S. Hofacker, de efficacia statutor. in deſſ. Opusc. iurid. p. 11. Tittmann, diss. de compet. leg. externar. cit. p. 7. — Sehr erzürnt über dieſe Idee iſt Schäffner, Entwickelung des internationalen Privatr. §. 30, allein er mißkennt, verleitet durch den allerdings unpaſſenden Namen, das Weſen der Sache. Dieſe ſogenannte comitas gentium iſt nichts anderes, als ein großentheils auf eine wahre consuetudo inter gentes (cultiores) begründetes ius gentium. Von einer anderen comitas in einem engeren Sinne, nämlich von der gegenſeitigen Höflichkeit, mit der man z. B. einen Officier des Landes A. auch im Lande B. mit der, ſeinem dortigen Range zukommenden äußeren Achtung behandelt, braucht hier nicht die Rede zu ſein.

Kirche betrachtet werden muß), ſo ſind hierbei mehrere hauptſächliche Rückſichten ins Auge zu faſſen. 1) Wenn von Anwendung ausländiſcher Geſetze im Inlande die Rede iſt, ſo ſind hierunter nur die Privatrechtsgeſetze zu verſtehen. Die öffentlich-rechtlichen Geſetze und Inſtitute des Auslandes können im Inlande in der Regel wenigſtens nicht als Rechtsinſtitute, und nur unter beſonderen Umſtänden als factiſche Momente Beachtung fordern. Ein Mehreres hierüber unten, wo von den perſönlichen Verbindlichkeiten die Rede iſt. 2) Bei privatrechtlichen Inſtituten kommt es darauf an, ob eine Handlung, ein Verhältniß, ein Zuſtand u. ſ. w. nur überhaupt im Auslande zwiſchen Perſonen, die nicht Bürger dieſes Auslandes ſind, ſtattgefunden habe, oder ob jene Verhältniſſe u. ſ. w., welche im Inlande zur Beurtheilung kommen, in einem ausländiſchen Staate in Bezug auf Perſonen, welche damals Bürger dieſes Staates waren, begründet worden, auch vielleicht dort ſchon zur Wirkſamkeit gekommen ſind oder kommen ſollen. — 3) Es iſt nicht ſelten von wichtigem Einfluß auf die Anwendung der Geſetze des Auslandes im Inlande, ob der inländiſche Staat lediglich thätig iſt, um in ſeinen Grenzen die Rechtsordnung zu erhalten (was als Regel angenommen werden muß), oder ob er dieſe Thätigkeit ausübt gleichſam als Stellvertreter eines anderen Staates, ſei es auf ausdrückliches Geſuch deſſelben, oder auch ohne ſolches in dem gemeinſamen Intereſſe, welches alle civiliſirte Staaten an Erhaltung der Rechtsordnung haben. — Bei dem Punkte unter 2) tritt uns jedoch ſchon ein ſehr einflußreicher Zweifel entgegen. Es fragt ſich nämlich, nach welchem Grundſatze zu beurtheilen ſei, ob Jemand als Bürger und Unterthan eines Staates angeſehen werden müſſe, oder nicht? — eine Frage, die zwar ſelten an ſich, oft aber dann ſtreitig erſcheint, wenn Jemand in dem einen Staate ſich weſentlich aufhält, in anderen aber Grundſtücke beſitzt, oder noch mehr, wenn er geradezu ein doppeltes domicilium hat. Im letzteren Falle hört die Frage in gewiſſer Hinſicht eigentlich wiederum auf, ſtreitig zu ſein. Denn es iſt dann gewiß, daß ein ſolcher Menſch wirklich Bürger und Unterthan zweier Staaten zugleich iſt, was aber freilich die Beantwortung vieler Fragen, z. B. nach welches Landes Rechte er ab intestato beerbt werden ſolle, ſehr erſchwert. Allein in dem erſten Falle ſind die Meinungen ſchon darüber getheilt, ob er nur als perſönlicher Unterthan des Staates, wo er domicilirt iſt, oder zugleich als Unterthan desjenigen Staates, wo er Grundſtücke beſitzt, anzuſehen ſei? Zwar iſt man einverſtanden, daß ein im Staate A. lebender Menſch, der im Staate B. Grundſtücke beſitzt, hinſichtlich dieſer Grundſtücke, alſo in ſeiner Eigenſchaft als Grundbeſitzer, den Geſetzen des letzteren Staates unterworfen, und alſo gleichſam hinſichtlich dieſer Grundſtücke Bürger und Unterthan von B. ſei. Allein es iſt nicht zu leugnen, daß man, zumal in Teutſchland, ſehr häufig um vieles weiter gegangen iſt, und ein Verfahren eingeſchlagen hat, dem offenbar die Idee zum Grunde lag, daß der Grundſtücksbeſitzer auch hinſichtlich ſeiner perſönlichen Verhältniſſe, zumal inſoweit ſie ſich auf das Grundſtück beziehen, als Bürger und Unterthan des Staates, wo ſie liegen, zu ehandeln und nach deſſen Geſetzen zu beurtheilen ſei. Die äußerſten

Conſequenzen dieſer Idee finden ſich in den Staaten, wo der ſogenannte volle Landſaſſiat gilt, vermöge deſſen der bloße Grundſtücksbeſitz den im Auslande wohnenden Beſitzer in allen, auch rein perſönlichen Civilrechtsangelegenheiten vor dem iudex rei sitae dingpflichtig macht. Doch auch wo der volle Landſaſſiat nicht beſteht, hat man oft, namentlich in Beziehung auf öffentliche Verpflichtungen der Perſon, und, in privatrechtlichen Verhältniſſen, in Beziehung auf Mündigkeit und Vormundſchaft, auf Inteſtaterbfolge und auf Concurs der Gläubiger den Grundſtücksbeſitzer ohne Weiteres als perſönlichen Unterthan behandelt, was allerdings nicht wenig dazu beigetragen hat, die Lehre über die Colliſion der Geſetze ſchwieriger und dunkler zu machen. Die Anſicht, welche dem Verf. dieſes Aufſatzes die richtigere zu ſein ſcheint, und von welcher er bei dieſer Entwickelung ausgegangen, iſt die: daß, wenigſtens in der Materie von der Colliſion der Geſetze des Inlandes und Auslandes, das domicilium der fraglichen Perſon im Zweifelsfalle darüber entſcheiden müſſe, für welches Landes Bürger und Unterthan Jemand zu achten ſei. — Auch dann noch bleiben jene Schwierigkeiten übrig, welche ſich ergeben, wenn Jemand wirklich zwei oder mehr domicilia hat. Von dieſen wird bei Betrachtung der einzelnen Verhältniſſe, bei welchen dieſe Frage Einfluß gewinnt, die Rede ſein.

Betrachten wir nach dieſen Vorausſchickungen zuerſt die Colliſion der regulativen Geſetze verſchiedener civiliſirter Staaten. Hier finden wir, daß dieſen Staaten insgeſammt gewiſſe Inſtitute des poſitiven Rechtes gemeinſchaftlich ſind, und daher in allen anerkannt werden. Sie beziehen ſich 1) auf das Recht der Perſon im Allgemeinen, 2) auf das Familienrecht, 3) auf das Vermögensrecht, 4) auf das Prozeßrecht. Hinſichtlich aller dieſer gemeinſamen Inſtitute gilt die allgemeine, wiewohl nicht ganz ausnahmloſe Regel, daß die Entſtehung und der extenſive Umfang der durch ſie bedingten Verhältniſſe, Zuſtände und Rechte nach den Geſetzen des Staates beurtheilt wird, dem die in Frage ſtehende Perſon als Bürger und Unterthan angehört; daß aber der intenſive Umfang der mit jenen Zuſtänden, Verhältniſſen u. ſ. w. verbundenen Anſprüche, Befugniſſe und Verbindlichkeiten nach den Rechten des Ortes beurtheilt wird, wo ſie geltend gemacht werden ſollen. — Im Speciellen iſt hierüber Folgendes zu bemerken: Recht der Perſonen im Allgemeinen. Natürliche Rechtsfähigkeit. Dieſe hat an und für ſich jedes Weſen, welches überhaupt menſchliche Natur hat. Es kann alſo auch jeder Menſch Rechte erwerben, aber nicht jeder kann ſeine angeborenen oder erworbenen Rechte ausüben, ſondern die natürliche Bedingung dieſer Ausübung iſt, daß er im vollen Beſitze ſeines Vernunftgebrauches ſei. Dieſer tritt nicht ein vor gewiſſen durch die Geſetze der einzelnen Staaten nicht allenthalben gleichmäßig beſtimmten Jahren, — den Jahren der Mündigkeit. An und für ſich würde jeder Staat auch die Mündigkeit der Ausländer, wenn ſie vor ſeinen Gerichten zur Frage käme, nach den von ihm ſelbſt deßhalb getroffenen Beſtimmungen beurtheilen können. Dieß würde indeſſen zu großen Verwirrungen Veranlaſſung geben. Der natürliche Termin der Mündigkeit iſt eigentlich bei jedem Menſchen

ein anderer; und in der That war auch weder bei den alten Römern, noch bei den alten Teutſchen ein beſtimmtes Alter, wo der Menſch für mündig geachtet wurde, feſtgeſetzt [21]). Man beurtheilte den Eintritt derſelben nach äußeren, in die Sinne fallenden Zeichen. Später fing man indeſſen an zu fühlen, daß eine poſitive Beſtimmung, welche den Charakter einer praesumtio iuris et de iure hätte, hierüber nothwendig ſei. Jetzt nun iſt man darüber faſt allgemein einverſtanden, hinſichtlich des Termins der Mündigkeit eines jeden Menſchen, der Bürger eines Staates von chriſtlich-europäiſcher Cultur iſt, die Geſetze des Staates, dem er als Bürger angehört, in allen Staaten, wohin er auch kommen möge, als maßgebend anzuſehen. Wenn alſo der unmündige Unterthan des Staates A., wo die Mündigkeit mit dem vierundzwanzigſten Jahre eintritt, bei einem zufälligen Aufenthalte in dem Staate B., wo die Mündigkeit ſchon mit erfülltem einundzwanzigſten Jahre beginnt, Geſchäfte machen will, ſo gilt er für unmündig; und umgekehrt der zweiundzwanzigjährige Unterthan des letzteren Landes in dem erſteren Lande für mündig. Zieht aber der Unterthan des Staates A. in ſeinem zweiundzwanzigſten Jahre nach B. und wird Bürger und Unterthan des Staates B., ſo wird er auch mit demſelben Augenblicke mündig; weßhalb man denn conſequenterweiſe annehmen muß, daß wenn der zweiundzwanzigjährige, alſo mündige, Bürger von B. nach A. zieht, er in A. wiederum als unmündig gelten, mithin eines Vormundes bedürfen wird. Es ſcheinen ſich allerdings in einzelnen Fällen hieraus große Härten zu ergeben; im Ganzen muß man aber den Satz doch als verſtändig und richtig anerkennen. So einfach übrigens das gedachte Princip iſt, ſo ſchwierig wird doch deſſen Anwendung, wenn Jemand, der in ſeinem Vaterlande mündig iſt, im Auslande Grundſtücke beſitzt, und man in dem Lande, wo dieſe Grundſtücke gelegen ſind, den Grundſtücksbeſitzer ohne Weiteres als vollen Unterthan betrachtet. Ja ſelbſt wo man ihn nur in Anſehung des Grundſtückes als den Landesgeſetzen unterworfen anſieht (was er allerdings iſt), pflegt man ihm doch oft in Bezug auf daſſelbe einen Vormund zu ſetzen. — Was von dem Alter als Bedingung zur eigenen Verwaltung ſeiner Angelegenheiten im Allgemeinen gilt, das gilt auch von dem Alter, inſofern es Bedingung zur Vollziehung gewiſſer einzelnen Geſchäfte iſt. Wenn alſo z. B. im Staate A. die Wechſelmündigkeit, d. i. die Fähigkeit, ſich nach Wechſelrecht verbindlich zu machen, ſchon mit erfülltem vierundzwanzigſten Jahre eintritt, während ſie im Staate B. erſt mit erfülltem ſechsundzwanzigſten Jahre ihren Anfang nimmt, ſo wird der fünfundzwanzigjährige Bürger von A. im Staate B. als wechſelmündig, und der fünfundzwanzigjährige Bürger von B. im Staate A. als wechſelunmündig anzuſehen ſein. — Die den Jahren nach vorhandene Fähigkeit Geſchäfte zu vollziehen kann wieder aufgehoben werden durch eine Seelenſtörung, in die Jemand verfallen iſt. Wenn wegen einer ſolchen ein Menſch in ſeiner Heimath für unfähig erklärt iſt, ſeine Ge-

---

21) Glück, Erl. der Pandekt. XXIX, S. 32, XXX, S. 38.

ſchäfte zu beſorgen, ſo gilt er ebenfalls allenthalben als unfähig zu dieſer Beſorgung, und ein Staat verläßt ſich hierin inſofern auf den anderen, als er annimmt, daß kein Staat einen ſeiner Bürger für wahnſinnig erklären wird, wenn er nicht bei einer vorausgegangenen Unterſuchung wirklich als ſolcher erfunden worden iſt. Kommt jedoch ein Bürger des Staates A. in den Staat B., und man findet hier, daß er wahnſinnig iſt, ohne in A. dafür erklärt zu ſein, ſo behandelt man ihn zwar dort in dem einzelnen concreten Falle als einen Wahnſinnigen, allein die förmliche Erklärung, daß er dieß ſei, und die Anordnung einer Vormundſchaft überläßt man dem Staate A. — Nach der Analogie der Mündigkeit iſt auch die in vielen Staaten vorausgeſetzte mangelhafte Befähigung des weiblichen Geſchlechtes zur Beſorgung ihrer Geſchäfte zu beurtheilen. Man kann übrigens bei allen Fragen, welche die natürliche Rechtsfähigkeit betreffen, mit Erfolg ein Verfahren anwenden, bei deſſen Gebrauch auch manche ſcheinbare Härte der obigen Grundſätze verſchwindet. Man muß ſich nämlich vorſtellen, daß die in Rede ſtehende Perſon einen fraglichen Act nicht perſönlich, ſondern durch einen Bevollmächtigten vollzöge, und die Vollmacht in ihrem Wohnorte ausgeſtellt hätte. Konnte ſie dort eine Vollmacht allein, auch ohne Vollwort eines Dritten giltig aufſtellen, ſo kann ſie auch im Auslande perſönlich den Act giltig vollziehen; konnte ſie jenes in ihrer Heimath nicht, ſo kann es auch keine Rechtswirkung hervorbringen, wenn ſie im Auslande perſönlich handelt. Ganz andere Regeln gelten jedoch (und es iſt deßhalb das eben angegebene Verfahren unanwendbar), wenn bei einem Menſchen die natürliche Rechtsfähigkeit und die dießfallſigen Alters- und Geſchlechtsbedingungen vorhanden ſind, jene Fähigkeit aber in dem Staate A., dem dieſe Perſon als Bürger angehört, durch das poſitive Geſetz oder eine richterliche Verfügung, namentlich durch ein Straferkenntniß auf irgend eine Weiſe beſchränkt iſt. Eine derartige Beſchränkung wird nur dann von den ausländiſchen Gerichten beachtet, wenn von einer in dem Staate A. vollzogenen Handlung und zugleich von der Wirkung die Rede iſt, die ſie im Staate A. haben ſoll. Hat aber die Handlung anderswo ſtattgefunden, oder ſteht eine Wirkung, welche jene Handlung im Auslande haben ſoll, in Frage, ſo braucht im Auslande auf die beſchränkende Verfügung des Staates A. keine Rückſicht genommen zu werden. Alſo z. B. es wäre Jemand in Frankreich zum bürgerlichen Tode verurtheilt und dadurch, um den gewöhnlichen Ausdruck zu gebrauchen, des Rechtes, Geſchäfte mit Rechtswirkung zu vollziehen, beraubt worden, er entflöhe aber, und contrahirte auf der Flucht im Auslande eine Verbindlichkeit, ſo würde dieſe von den Gerichten des Auslandes als giltig angeſehen werden müſſen. Denn das Recht zu contrahiren konnte ihm von ſeinem Staate gar nicht entzogen werden, ſobald die natürlichen Bedingungen zur Ausübung dieſes Rechtes vorhanden waren. Ebenſo, wenn der für bürgerlich todt Erklärte noch während ſeines Aufenthaltes in Frankreich einem ſeiner Schuldner, der in Sachſen lebt, ſeiner Verbindlichkeit entlaſſen hätte. Die ſächſiſchen Gerichte würden den Erlaß für giltig achten müſſen, denn Frankreich konnte nicht die Rechtswirkung der Verzichtleiſtung ſelbſt vernichten, ſondern

nur erklären, daß es dasjenige, was ſein Unterthan nach der Verurtheilung zum bürgerlichen Tode gethan habe, nicht für giltig anerkenne. Durch dieſe Verfügung wird aber kein anderer Staat gebunden, und eine allgemeine Praxis, vermöge welcher man dergleichen Anordnungen auch im Auslande anerkennte, iſt unerweislich. Anders würde zu urtheilen ſein, wenn nicht von den Wirkungen der natürlichen Rechtsfähigkeit und deren poſitiven Beſchränkungen, ſondern von Rechten, die nur durch poſitive Sanction beſtehen, die Rede wäre, z. B. von Erbrechten, wovon weiter unten. Etwas zweifelhaft iſt der Fall, wenn Jemand von ſeiner Obrigkeit für einen Verſchwender erklärt, und ihm deßhalb ein Vormund geſetzt wird, ohne den er ſich giltig nicht verbindlich machen kann. Betrachtet man die Erklärung eines Menſchen pro prodigo ſo, daß man in ihr den Ausſpruch findet, es leide der Bevormundete an einer Art von Seelenſtörung, die ihn unfähig mache, ſeine Geſchäfte vernünftig zu beſorgen, ſo würde hier ein Mangel an natürlicher Rechtsfähigkeit vorliegen, und es müßte der unter Curatel Geſetzte auch im Auslande für unfähig gelten, Geſchäfte zu machen. Sieht man aber, was wohl das Richtigere iſt, die Erklärung pro prodigo nur als eine polizeiliche Maßregel an, durch welche verhindert werden ſoll, daß ein leichtſinniger Menſch, der das Seinige verſchwendet, nicht dereinſt den Seinigen oder dem Staate zur Laſt falle, ſo kann ihre Wirkung ſich unmöglich über die Grenzen des Staates hinaus erſtrecken, von welchem ſie ausgegangen iſt. — Im Allgemeinen ergibt ſich aus dem Geſagten, daß die Geſchäfte, welche im Auslande von ſolchen Perſonen gemacht werden, deren natürliche Rechtsfähigkeit zwar von dem Staate, dem ſie angehören, nicht in Abrede geſtellt wird, die aber dort durch Geſetz oder richterliche Verfügung in der Ausübung derſelben beſchränkt ſind, im Auslande als geltend angeſehen werden, im Inlande aber nicht — womit auch die internationale Praxis der europäiſchen Staaten übereinſtimmt. Iſt dieſer Zuſtand theilweiſer Giltigkeit, theilweiſer Ungiltigkeit in vielen Fällen — obwohl gewiß nicht immer — für den Einzelnen ein Uebel, ſo iſt es wenigſtens ein ſolches, das nur durch ein ausdrückliches oder ſtillſchweigendes Uebereinkommen der verſchiedenen Staaten gehoben werden kann, aber bis jetzt noch nicht gehoben iſt. Daß übrigens jene Beſchränkungen gänzlich wegfallen, wenn der, welchem ſie auferlegt ſind, aufhört Unterthan des Staates zu ſein, der ſie verfügt hat, und Bürger eines anderen Staates wird, verſteht ſich von ſelbſt. — Moraliſche oder juriſtiſche Perſonen. Diejenigen Perſonenvereine oder Anſtalten, welche in einem civiliſirten Staate als juriſtiſche Perſonen anerkannt ſind, gelten allenthalben für ſelbſtſtändige Rechtsſubjecte. Es kommen ihnen daher auch im Auslande die allgemeinen Rechtsvortheile juriſtiſcher Perſonen zu, z. B. das Recht, ſich ihrer Verfaſſung gemäß vertreten zu laſſen, Eide durch Stellvertreter zu leiſten u. ſ. w. Dagegen können ſie im Auslande keine beſonderen Vortheile und Vorzüge in Anſpruch nehmen, weder ſolche, welche den dortigen, noch ſolche, die den inländiſchen moraliſchen Perſonen beigelegt ſind. Sie haben alſo im Auslande z. B. keine ſtillſchweigende Hypothek auf dem Vermögen ihrer Schuldner, wenn auch die Geſetze

des in- oder ausländiſchen Staates den moraliſchen Perſonen, welche ihm angehören, eine ſolche Hypothek beigelegt haben. Bei den piis causis, d. i. denjenigen Anſtalten, welche gleichſam im Eigenthume der Kirche ſtehen, iſt jedoch dieſer Satz, eben wegen der beſonderen oben erörterten Stellung der Kirche, einigermaßen zweifelhaft. — Standes- und Zuſtandsverhältniſſe. Freiheit und Unfreiheit. Ob Jemand frei oder unfrei ſei, wird nach dem Rechte des Staates, dem er angehört, im Auslande nur inſofern beurtheilt, als dieſer Staat ſelbſt einen Zuſtand der Unfreiheit, heiße er nun Sclaverei oder bloße Leibeigenſchaft, anerkennt. Erkennt er dieſen nicht an, ſo gilt in dieſem Staate auch derjenige als frei, der auswärts Sclave oder Leibeigner iſt. Genauer genommen ſollte man ſagen: Er bleibt wohl, ſo lange er nicht Bürger dieſes ausländiſchen Staates wird, Sclave oder Leibeigener, aber ſein Herr kann die mit dieſem Zuſtande verbundenen Rechte nicht gegen ihn ausüben. Doch leidet dieſer Satz außerhalb Europa hin und wieder einige Ausnahmen. — Beim Stande der Freien iſt beſonders zu betrachten der Adelſtand. Bei ihm kommt es nicht ſowohl darauf an, ob Jemand in ſeiner Heimath als Edelmann gilt, ſondern ob er entweder aus rechter Ehe von adeligen Eltern geboren, oder von einem ſouveränen Fürſten oder ſonſtigen rechtmäßigen Vorſteher eines ſouveränen Staates von chriſtlich-europäiſcher Cultur (denn der Adel anderer Staaten, z. B. aſiatiſcher, afrikaniſcher, hat bei uns keine Geltung) in den Adelſtand erhoben worden iſt. Ein ſolcher gilt vermöge der ſtillſchweigenden Uebereinkunft aller Staaten allenthalben als Edelmann, nur vielleicht in ſeiner Heimath nicht, weil nach einer ebenfalls ſehr allgemein angenommenen Regierungsmaxime kein Unterthan einen auswärtigen Adelsbrief ohne Genehmigung des Landesherrn im Inlande geltend machen darf. Nichtsdeſtoweniger bleibt der Geadelte immer Edelmann, und wenn er in einen anderen Staat zieht, wird er dort, wo er gleich als Edelmann eintritt, keiner beſonderen Erlaubniß zur Führung der Adelsprädicate bedürfen. Umgekehrt kann eben wegen dieſer allgemeinen Natur des Adels, als welcher keinem einzelnen Staate, ſondern der Geſammtheit der monarchiſchen Staaten von chriſtlich-europäiſcher Bildung angehört, kein einzelner Staat einer Perſon den Adel, welchen dieſe einmal rechtmäßig, ſei es durch Geburt, ſei es durch Verleihung erworben hat, entziehen — den einzigen Fall vielleicht ausgenommen, wenn ihn der Staat, der ihn jetzt zurücknehmen will, der Perſon, die deſſen beraubt werden ſoll, ſelbſt erſt verliehen hatte. Wenn alſo z. B. die Geſetze Frankreichs und anderer Länder mit gewiſſen Strafen, z. B. mit dem ſogenannten bürgerlichen Tode, auch bei adelig geborenen Perſonen den Verluſt des Adels verbinden, ſo erkennt das Ausland die Wirkung eines ſolchen Geſetzes nicht an, ſondern achtet den Entadelten fortwährend noch für adelig, wie wir Alle bei den Miniſtern Karl's X. geſehen haben. — Die Ehre betreffend, ſo haben regulative Geſetze des einen Staates an und für ſich keine Einwirkung auf den anderen. Es wird alſo z. B. derjenige, der vermöge der Einrichtungen des Staates A. in dieſem Staate einen gewiſſen Rang hat, den gleichen Rang nicht im Staate

B. in Anſpruch nehmen können, und eben ſo wenig wird derjenige, welcher im Staate A. für ehrlos erklärt iſt, auch im Staate B. dafür gelten, obwohl im erſten Falle die Höflichkeit unter civiliſirten Nationen ihm zwar nicht die bürgerlichen, aber doch die geſelligen Vorzüge jenes Ranges zukommen, und der öffentliche Gerechtigkeitsſinn im zweiten Falle ihm Verachtung empfinden laſſen wird, wenn er die Ehrloſigkeit durch eine ehrloſe Handlung verdient hat. Doch kann eine Verminderung des status honoris, welche Jemand im Staate A. erlitten hat, auch ſelbſt bürgerliche Wirkungen im Staate B. äußern, nämlich wenn der Betroffene Bürger des Staates B. wird, und in dieſem Staate unter den Bedingungen der Ausübung gewiſſer Rechte auch die beſteht, daß Jemand z. B. nicht unehelicher Geburt ſei — daß er keine, in der öffentlichen Meinung für entehrend geachtete Strafe erlitten habe u. ſ. w. — Familienverhältniſſe. Eine jede Ehe, welche zwiſchen Chriſten in irgend einem civiliſirten oder barbariſchen Staate nach den Geſetzen und Gebräuchen irgend einer anerkannten chriſtlichen Specialkirche — oder auch in einem civiliſirten Staate nach den dort beſtehenden civilrechtlichen Formen eingegangen iſt, gilt in allen civiliſirten Staaten (wo nicht die Landesgeſetze eine beſondere Ausnahme machen) für eine rechte Ehe, mögen nun die Eheleute Bürger des Staates geweſen ſein, wo ſie ſich verehelicht haben, oder nicht. Selbſt wenn ein Staat eine ſolche Ehe nicht anerkennt, hört ſie doch darum nicht auf, Ehe zu ſein, ſondern äußert nur ihre Wirkungen in dem Machtgebiete eines ſolchen Staates nicht. Ziehen aber die Eheleute in einen anderen Staat, wo das gleiche Geſetz nicht beſteht, ſo treten ſofort die rechtlichen Wirkungen des Ehebundes wiederum hervor. In gewiſſer Maße äußert ſich die Kraft des kirchlichen Bandes ſogar bei den jüdiſchen Ehen, weil ihnen eine im Weſentlichen auf den Vorſchriften der Bücher Moſis beruhende religiöſe Idee zum Grunde liegt, und jene Bücher auch von den Chriſten als ein Theil der heiligen Schriften anerkannt werden. Welche Rechte den Ehegatten als ſolchen zukommen ſollen, beſtimmen jedoch nicht die Geſetze des Ortes oder Landes, wo ſie den Ehebund geſchloſſen haben, ſondern die Geſetze desjenigen Ortes, wo ſie ſich weſentlich aufhalten, mithin die Geſetze des Staates, dem ſie angehören. Wenn alſo dort z. B. Gütergemeinſchaft der Ehegatten gilt, und ſie ziehen nunmehr in ein Land, wo dieſe nicht gilt, ſo hört auch die Gütergemeinſchaft von ſelbſt auf. Das bis dahin zwiſchen Beiden gemeinſchaftliche Vermögen gehört nun Jedem zu idealen Theilen. Das Recht des Ehemannes oder der Ehefrau auf Nießbrauch und Adminiſtration, ſo wie das Eigenthum an etwanigem neueren Erwerbe, wird nach den Geſetzen des neuen Wohnortes beurtheilt. Anders ſtünde die Sache, wenn die Eheleute Gütergemeinſchaft durch einen Vertrag hergeſtellt hätten. Dann nämlich würde das Verhältniß nach den Principien über die Giltigkeit der Verträge zu beurtheilen ſein. — Die Trennung der Ehe kann in der Regel nur von dem Staate erfolgen, dem die Eheleute zur Zeit der Trennung unterworfen ſind. Iſt ſie aber durch die dortige competente Behörde getrennt, ſo gilt das Eheband allenthalben für

aufgehoben. In den wenigen Ländern jedoch, wo die Ehe noch als ein rein kirchliches Inſtitut angeſehen wird, müßte man die Befugniſſe der Trennung auch der höchſten kirchlichen Behörde, alſo z. B. bei den Mitgliedern der römiſch-katholiſchen Kirche dem Pabſte einräumen. In vielen Ländern wird der jüdiſchen Prieſterſchaft in Bezug auf die jüdiſche Ehe ein Gleiches zugeſtanden. — Die eheliche, ſo wie die väterliche Gewalt folgt denſelben Grundſätzen, wie die Ehe. Die Kinder gelten für eheliche, wenn ſie in einer giltigen Ehe erzeugt, oder wenigſtens geboren ſind. Legitimirte uneheliche Kinder, mag nun die Legitimation durch nachfolgende Ehe, oder durch Erklärung des Staates, deſſen Unterthanen ſie ſind, oder in welcher ſonſtigen in ihrem Heimathslande giltigen Form geſchehen ſein, ſtellt ſie hinſichtlich des status überhaupt zwar allenthalben, auch im Auslande, den ehelich Geborenen gleich, nicht aber in Anſehung der beſonderen Verhältniſſe, in welchen nach Local- oder Familienſtatuten, auswärtigen Landesgeſetzen u. ſ. w. die wirklich eheliche Geburt als Bedingung, gewiſſe Rechte zu erlangen, erfordert wird. Die gleiche Bewandtniß hat es mit adoptirten Kindern. Daß auch zwiſchen unehelichen Kindern und ihren Eltern eine Art von Statusverhältniß beſteht, iſt zwar gewiß, und es iſt unrichtig, wenn man, wie bisweilen geſchehen iſt, die Verbindlichkeit des unehelichen Vaters zur Ernährung des Kindes als obligatio ex facto illicito betrachtet. Daraus würde folgen, daß wenn z. B. ein ſächſiſches Frauenzimmer von einem Sachſen bei einem zufälligen gleichzeitigen Aufenthalte in Frankreich geſchwängert worden, und hierauf nebſt dem Schwängerer nach Sachſen zurückgekommen, das Kind auch in Sachſen geboren worden wäre, dennoch weder dieſes noch ſeine Mutter einen Alimentationsanſpruch an den Vater hätten. Daß in ſolchem Falle aber die Alimentation gefordert werden kann, möchte kaum zu bezweifeln ſein. Eher ließe ſich behaupten, daß der Dotationsanſpruch wegfiele, wovon weiter unten bei der Lehre von der perſönlichen Verbindlichkeit. Dagegen iſt nicht zu bezweifeln, daß die aus jenem Verhältniſſe entſpringenden Verbindlichkeiten des unehelichen Vaters in der Heimath deſſelben nur dann ihre Wirkſamkeit äußern, wenn ſelbige ſowohl in dem Lande, deſſen Bürger er ſelbſt, als in dem Lande, deſſen Bürger das Kind iſt, von den Geſetzen anerkannt werden. Alſo wenn z. B. ein Sachſe mit einer Franzöſin ein uneheliches Kind erzeugt hätte, ſo würde dieſe, oder der Vormund ihres Kindes von Frankreich aus gegen den Sachſen in Sachſen nicht klagen können; wenn aber die Mutter mit dem Kinde, oder auch das letztere allein, ein domicilium in Sachſen bekämen, ſo würde von dieſem Augenblicke an die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters eintreten, keineswegs aber würde die Gemeinde des Wohnortes der Mutter oder des Kindes die Erziehungskoſten zu beſtreiten verpflichtet ſein. Erkennen die Geſetzgebungen verſchiedener Länder zwar im Allgemeinen jene Pflichten an, jedoch unter abweichenden Beſtimmungen hinſichtlich der zu gewährenden Summe, der Zeit, bis zu welcher eine Ernährungspflicht des unehelichen Vaters ſtatt haben ſoll u. ſ. w. — ſo haben die Geſetze, welche die geringere Verbindlichkeit auferlegen, den Vorzug. Wenn daher

die Geſchwängerte mit ihrem Kinde im Staate A. lebt, nach deſſen Geſetzen ein Schwängerer monatlich Zwei Thaler, aber nur bis zum zwölften Jahre des Kindes zu zahlen hat — der Beklagte aber wohnt in B., wo die Alimente für ein uneheliches Kind zwar nur mit Einem Thaler monatlich, aber bis zum 15. Jahre gezahlt werden müſſen, ſo kann der Letztere, wenn er von der Erſteren belangt wird, nur zu Einem Thaler monatlich, und nur zu Fortſetzung der Zahlung bis zum zwölften Jahre des Kindes verurtheilt werden. — Vermögensrechte. An ſich wird das Vermögen (patrimonium) eines Menſchen als ein einziges Ganze, als eine Erweiterung der Rechtsſphäre der Perſon betrachtet, und als ſolches nach dem Rechte des Wohnortes des Inhabers beurtheilt. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob daſſelbe aus körperlichen oder unkörperlichen Sachen, aus beweglichen oder unbeweglichen Gegenſtänden oder Forderungsrechten beſteht. Der Umſtand, daß eine Sache ſich in einem anderen Territorium befindet, oder der Schuldner einer Forderung in einem anderen Staate lebt, macht keine Ausnahme. Dieß hindert jedoch nicht, daß einzelne Theile dieſes Vermögens, namentlich ſolche, über welche der Beſitzer nur eine beſchränkte Dispoſition hat, wiederum als für ſich beſtehende Ganze betrachtet werden können, und dieß zwar ſelbſt dann, wenn ſie ſich in dem Lande befinden, deſſen Bürger und Unterthan der Beſitzer iſt, z. B. Lehne, in gewiſſer Maße auch Familienfideicommiſſe, wiewohl von den letzteren richtiger angenommen wird, daß der jeweilige Inhaber gar nicht wirklicher Eigenthümer ſei, ſondern nur ein lebenslängliches, ausgedehntes Benutzungsrecht habe. Das aber, was oben von dem patrimonium, als einem Ganzen geſagt iſt, gilt nicht von den einzelnen, dazu gehörigen, körperlichen Sachen als ſolchen. Hinſichtlich dieſer nämlich ſind andere Grundſätze in Anwendung zu bringen, wovon hernach. Die Wirkung des Princips, daß das Vermögen an ſich ein einziges und untheilbares Ganze bildet, äußert ſich hauptſächlich bei zwei Inſtituten, der Erbſchaft und dem Concurſe der Gläubiger. Bei der Erbſchaft auf den Grund eines Teſtamentes wird es auch durchaus nicht bezweifelt, daß die darinnen enthaltenen Verfügungen (vorausgeſetzt, daß das Teſtament überhaupt ordnungsmäßig errichtet iſt) allenthalben gelten. Zweifelhafter iſt die Frage, was Rechtens ſei, wenn Jemand ab intestato ſtirbt, und in verſchiedenen Ländern, deren Inteſtaterbfolgegeſetze von einander abweichen, Vermögen hat. Am wenigſten beſtritten iſt der Satz, daß Forderungen, der Schuldner lebe wo er wolle, beim Erbgange dem Rechte des Ortes, welcher das Domicil des Gläubigers iſt, folgen. Schon beſtrittener iſt es, ob bewegliche Sachen nach demſelben Principe zu beurtheilen ſind, was von Einigen behauptet wird (mobilia ossibus inhaerent), während Andere es leugnen. Am entſchiedenſten aber weichen die Meinungen von einander ab in Bezug auf unbewegliche, in fremden Staaten liegende Sachen. Der Theorie nach ſollte wohl bei ihnen eben ſo wenig, als bei den beweglichen Dingen und den Forderungen, von der Anſicht abgewichen werden, daß das Ganze des Vermögens nach dem Rechte, welches im Domicil des Inhabers gilt, vererbt werde. Man nimmt dieß, wie geſagt, allenthalben an, wenn von der Teſtaments-

erbfolge die Rede iſt. Die Inteſtaterbfolgegeſetze aber ſind nichts anderes, als ein Teſtament, welches der Staat im Voraus für diejenigen macht, welche ohne alles oder ohne genügendes Teſtament verſterben. Damit ſoll nicht geſagt ſein, daß jene Geſetze den muthmaßlichen Willen des einzelnen Erblaſſers enthielten. Wohl wird ſich der Geſetzgeber aus politiſchen Gründen bewogen finden, bei Abfaſſung der Inteſtaterbgeſetze auf diejenigen Perſonen, mit denen ein Sterbender in einer engeren Verbindung ſtand, mehr Rückſicht zu nehmen, als auf diejenigen, mit welchen er nur entfernter verbunden war. Allein darauf kommt bei Beurtheilung der Geltung jener Geſetze gar nichts an. Der Staat ſpricht in den Inteſtaterbgeſetzen für den Fall, daß Jemand über ſein Vermögen nicht oder nicht vollſtändig oder gehörig verfügt hat, ſeinen Willen dahin aus, daß es angeſehen werden ſolle, als ob der Sterbende auf die Weiſe, wie die Inteſtaterbgeſetze lauten, teſtirt habe. Da nun alle Staaten von chriſtlich-europäiſcher Bildung das Inſtitut der teſtamentariſchen Erbfolge, und ebenſo das der Inteſtaterbfolge anerkennen, indem ſie aber das letztere thun, ſich zugleich gegenſeitig das Recht zugeſtehen, für ihre, ohne letztwillige Verordnung verſterbenden Bürger gleichſam einen letzten Willen im Voraus zu machen, ſo müſſen ſie auch präſumtiv der Inteſtaterbfolge daſſelbe Recht zugeſtehen, was ſie der Teſtamentserbfolge einräumen, nämlich, daß ſie das ganze Vermögen umfaſſe. Nichtsdeſtoweniger iſt dieſer Satz nicht allgemein anerkannt; und ein hauptſächlicher Grund der abweichenden Anſichten liegt in dem oben ſchon bemerkten Umſtande, daß man hin und wieder Jemanden um deßwillen, weil er in einem Staate Grundſtücke beſitzt, auch in allen ſeinen perſönlichen Verhältniſſen oder doch inſoweit ſich dieſelben auf das Grundſtück beziehen, d. i. inſofern dieſes einen Theil ſeines Vermögens ausmacht, als Bürger und Unterthan dieſes Landes betrachten will, mithin auch das Recht in Anſpruch nimmt, wenigſtens hinſichtlich des Grundſtückes, wo nicht vielleicht gar hinſichtlich aller im Bereiche dieſes Staates befindlichen Theile ſeines Vermögens, ein ſubſidiariſches Teſtament für ihn zu machen, d. i. die Inteſtaterbfolgegeſetze auf ſeinen dort befindlichen Nachlaß anzuwenden. Der bedenklichſte Fall iſt, wenn Jemand, der wirklich zwei verſchiedene domicilia im Lande A. und im Lande B. hat, ab intestato ſtirbt, und nach den Erbgeſetzen dieſer beiden Länder verſchiedene Erben, oder zwar dieſelben, jedoch nach ungleichen Theilen zur Erbſchaft berufen ſind. Hier bleibt nichts übrig, als daß die Erben in A. das unbewegliche Gut, und je nachdem man die Anſicht nimmt, auch die beweglichen, körperlichen Sachen, welche ſich in A. befinden, und ebenſo die Erben in B. die dortigen Sachen ausſchließend als Erben überkommen, beide aber ſowohl die außenſtehenden Forderungen, ingleichen dasjenige Vermögen, was der Erblaſſer auch vielleicht noch in den Ländern D. und C. gehabt hat, mit einander theilen, ſo, daß die Erben aus A. die eine Hälfte, und die Erben aus B. die andere Hälfte bekommen. Den Gläubigern werden beide Theile in solidum gerecht werden müſſen, ſie ſelbſt aber werden ſich, wegen deſſen, was etwa der eine Theil mehr bezahlt hat, mit einander zu berechnen haben, wobei der numeräre Werth, den jeder Theil em-

pfangen hat, als Baſis der Berechnung anzunehmen iſt. Alſo wenn die Erben aus A. einen Werth = 5000 Thlr., und die Erben aus B. einen Werth = 10,000 Thlr. empfangen hätten, ſo würden ſich beide unter einander ſo ausgleichen müſſen, daß zu Bezahlung der Schulden des Erblaſſers von den Erben aus A. ein Drittheil, und von den Erben aus B. zwei Drittheile beigetragen würden. — Was die Bedingungen betrifft, unter welchen dem Erben das Vermögen des Erblaſſers zukommt, ſo ſind ſolche lediglich nach den Rechten des Landes, wo der Erblaſſer ſeinen feſten Wohnſitz gehabt hat, zu beurtheilen. Denn daß der Erbe überhaupt erbt, das verdankt er nicht einem ſchon außerhalb des Staates begründeten, vom Staate blos geſchützten Anſpruche, ſondern einem rein poſitiven, vom Staate geſchaffenen Inſtitute, gleichſam einer Wohlthat, die ihm der Staat erweiſt, und für die derſelbe mithin Bedingungen ſtellen kann, wie ſie ihm gut dünken. Alſo z. B.: Im Lande ⊙ gilt das Recht, daß der Erbe, welche ohne gewiſſe Formalitäten zu beobachten, etwa ein Inventarium zu errichten u. dgl., die Erbſchaft antritt, nunmehr wegen der Erbſchulden in solidum gehalten iſt, wogegen im Lande ☽ das Geſetz beſteht, daß der Erbe auch durch den unbedingten Erbſchaftsantritt niemals ultra vires hereditatis zur Schuldenbezahlung verpflichtet wird. A. ſtirbt als Unterthan des Staates ☽, und B. in ⊙ beerbt ihn. Hier wird B. nicht über die Kräfte der Erbſchaft gehalten ſein. Umgekehrt: A. ſtirbt in ⊙, und B. in ☽ beerbt ihn — hier wird B., wenn er die in ⊙ vorgeſchriebenen Formalitäten nicht beobachtet, auch ultra vires hereditatis für die Schulden verhaftet ſein, ſelbſt dann, wenn etwa das ganze Vermögen des A. nur in Forderungen, die er in ☽ außenſtehen gehabt, beſtanden hätte; ſo daß B. zum Behufe des Erbſchaftsantrittes keine einzige wirkliche Handlung im Lande ⊙ vorzunehmen gehabt hätte. — Beim Concurs müſſen regelmäßig dieſelben Grundſätze in Anwendung gebracht werden, und es ſollte alſo auch eigentlich nur ein einziger Concurs zu dem Vermögen eines Menſchen, nämlich vor dem Richter ſeines Domiciliums, eröffnet werden, wenn auch einzelne Theile ſeines Vermögens ſich anderswo befinden. Die Prioritäten würden im Ganzen nach den Geſetzen des Landes, wo der Concurs anhängig iſt, und nur in Bezug auf Immobilien und darauf haftende dingliche Verpflichtungen nach den Geſetzen des Landes, wo die Gegenſtände liegen, beurtheilt werden. Blos dann, wenn Jemand wirklich in zwei verſchiedenen Staaten Bürger geweſen wäre, könnte man ihn gewiſſermaßen als eine doppelte Perſon betrachten, und alſo zwei Concurſe zu ſeinem Vermögen eröffnen. Allein hier weicht die Praxis weit von der Theorie ab. Nicht nur wird hier meiſtens angenommen, daß der bloße Grundſtücksbeſitz im fremden Staate den Beſitzer auch zum perſönlichen Unterthan jenes Staates mache, und man eröffnet alſo ſchon in dieſem Falle, wenn gleich vollkommen gewiß iſt, daß das Domicilium der Perſon in einem anderen Lande ſei, oft einen beſonderen Concurs zu ſeinem Vermögen — ſondern es gehen viele Staaten ſo weit, daß ſie ſchon dann einen Separatconcurs eröffnen laſſen, wenn ſich innerhalb ihrer Grenzen Mobilien des Gemeinſchuldners, ja ſogar, wenn ſich nur

Schuldner deſſelben dort befinden[22]). — Im erſten Falle, alſo da, wo der Schuldner entweder ein wirkliches doppeltes Domicilium hat, oder doch Grundſtücke im Auslande beſitzt, hat dann das Verfahren die Form eines wirklichen Univerſalconcurſes — im letzteren Falle, wenn er dort nur Mobilien oder Forderungen hat, blos die eines ſogen. Particularconcurſes, der ſich jedoch der Wirkung nach von dem ſeparaten Univerſalconcurſe wenig unterſcheidet. Daß hierinnen große Inconſequenzen liegen, iſt wohl nicht zu verkennen. Am leichteſten wird ihnen abgeholfen, wenn zwar der Grundſatz feſtgehalten wird, daß zu dem Vermögen eines Menſchen nur ein einziger Hauptconcurs eröffnet, und, im Falle er mehrere Domicilia haben ſollte, durch die Prävention entſchieden wird, wo der Concursprozeß geführt werden ſoll, daß auch dahin aus allen Ländern, wo derſelbe Vermögen beſitzt, daſſelbe entweder in Natur, oder der in Geld verwandelte Werth deſſelben abgeliefert wird, daß aber vor der Ablieferung alle diejenigen, welche nach den Geſetzen des Landes, wo ſich das Vermögen befindet, an jenes Vermögen einen vorzüglichen Anſpruch haben, von dem Erlöſe befriedigt werden, was allerdings die Eröffnung eines Specialconcurſes vorausſetzt. Aehnliche Grundſätze liegen zwar manchen Staatsverträgen, z. B. der Convention zwiſchen Sachſen und Preußen über die Leiſtung gegenſeitiger Rechtshilfe vom 30. Nov. 1839, §. 19, 20, zum Grunde. Es möchte aber kaum behauptet werden können, daß ſie durch eine allgemeine Praxis anerkannt wären. Aus jener Anſicht der Ganzheit des Vermögens folgt in Bezug auf den Concurs auch noch, daß, wenn Jemand am Orte ſeiner Heimath in Concurs verfällt, hierdurch ſeine Dispoſitionsbefugniß auch in Anſehung der im Auslande befindlichen Vermögensgegenſtände erliſcht, nicht ſowohl in Kraft des richterlichen Befehles, ſich der Dispoſition zu enthalten (denn dieſer würde im Auslande kaum wirkſam ſein), ſondern in Folge des Umſtandes, daß der Gemeinſchuldner mit dem Augenblicke der Concurseröffnung ſein ganzes Activvermögen, oder doch, je nachdem man den Geſichtspunkt nimmt[23]), die Dispoſitionsbefugniß auf die in jenem Augenblicke ideell als ſchon beſtehend anzuſehende universitas ſeiner Gläubiger überträgt. Allein auch dieſer Satz iſt von der Praxis nicht vollſtändig anerkannt. — Recht in Bezug auf einzelne Sachen. Der Erwerb, ſo wie der extenſive Umfang des Beſitzes oder Eigenthums, ferner der Befugniſſe und Verbindlichkeiten, welche damit verbunden ſind, werden nach den Geſetzen des Ortes, wo die Sache bei Entſtehung des Verhältniſſes liegt, beurtheilt, der intenſive Umfang und die Ausübung aber nach dem Rechte des Ortes, wo die Sache ſich zur Zeit der Geltendmachung des Rechtes befindet; welcher Ort ſich natürlich nur bei Mobilien ändern kann. Alſo z. B.: Im Lande ⊙ gilt das Recht, daß eine verkaufte Sache in das Eigenthum des Käufers ohne Tradition durch die bloße Erklärung des bisherigen Eigenthümers, daß ſie von

22) S. Rechtslexikon u. d. W. Concurs Th. 2, S. 841.
23) Rechtslexikon a. a. O. S. 808 flg.

nun an Eigenthum des Käufers ſein ſolle, übergeht; im Lande ☽ aber iſt eine ſolche Erklärung wirkungslos, oder begründet doch nur einen perſönlichen Anſpruch gegen den früheren Inhaber, nicht aber eine rei vindicatio gegen einen dritten Beſitzer. Nehmen wir nun an, daß zwiſchen A. als Verkäufer und B. als Käufer ein ſolches Geſchäft im Lande ☉ vollzogen worden iſt, und A. die in der gedachten Maße dem B. übereignete Sache heimlich anderweit an den C. verkauft hat, ſo kann B. den C., wenn dieſer im Lande ☽ ein forum hat, dort mit der Reivindication belangen, obgleich in ☽ jenes Recht nicht gilt, ſondern zur Eigenthumsübertragung die Tradition nöthig geweſen wäre. Hiernach iſt auch die erwerbende Verjährung zu beurtheilen. Hat Jemand im Lande ☉ die Verjährung einer Sache bereits vollendet, ſo gilt ſie überall als ſein Eigenthum. Hat er die Verjährung dort aber nicht vollendet, und es wird eine Reivindication gegen ihn im Lande ☽ angeſtellt, wo eine längere Verjährungszeit beſteht, ſo kann er ſich dort damit nicht ſchützen, daß die Verjährung jetzt in ☉ vollendet ſein würde, wenn er und die Sache noch dort wären. — Rechte an fremden Sachen. Auch hinſichtlich ihrer gilt, ſo viel die Servituten, Bannrechte und ähnliche mit dem Beſitze einer Sache verbundene Gerechtſame betrifft, unſtreitig das Geſetz des Landes, wo die berechtigte oder rückſichtlich verpflichtete Sache liegt. Nur inſofern ein ſolches Recht Ausfluß eines Zuſtandsverhältniſſes iſt, wird es von der rechtlichen Geltung abhängen, welche dieſer Zuſtand überhaupt hat. Beiſpiel: Die Eheleute A. und B. wohnen im Lande ☉, wo der Ehemann ipso iure den Nießbrauch am Vermögen ſeiner Ehefrau hat. Dieſe beſitzt ein Grundſtück im Lande ☽. Dem Ehemanne wird hieran, als einem Theile ihres Vermögens, der Nießbrauch zuſtehen. Beide ziehen aber aus ☉ hinweg in das Land ☿, wo der Ehemann keinen Nießbrauch am Vermögen der Frau hat. Sofort wird auch ſein ususfructus maritalis an dem in ☽ gelegenen Grundſtücke erlöſchen. — Pfänder und Hypotheken. Sie werden ſämmtlich, ausdrückliche ſowohl, als ſtillſchweigende, hinſichtlich ihrer Entſtehung und ihres extenſiven Umfanges nach dem Rechte des Ortes, wo die verpfändete Sache zur Zeit der Entſtehung ſich befindet, und bei Generalhypotheken nach dem Rechte des Ortes, wo der Schuldner ſein domicilium hat, — hinſichtlich ihrer Wirkung und ihres intenſiven Umfanges aber nach dem Rechte des Ortes beurtheilt, wo ſie geltend gemacht werden ſollen. In Bezug auf ſtillſchweigende Hypotheken iſt noch insbeſondere zu bemerken, daß, wenn ſie in einem Staate gewiſſen Perſonen gleichſam als ein privilegium personae verliehen ſind, ſie nur den inländiſchen Perſonen zu Gute kommen. Sind ſie aber mit gewiſſen Verhältniſſen verbunden, ſo kann auch jeder Ausländer, der ſich in dieſen Verhältniſſen befindet, darauf Anſpruch machen. Wenn daher im Lande ☉, wo ausdrückliche oder ſtillſchweigende Generalhypotheken beſtehen, ein dortiger Unterthan in den Fall kommt, daß eine ſolche Generalhypothek auf ſeinem Vermögen erwächſt, ſo wird an und für ſich ſein ganzes Vermögen, es befinde ſich wo es wolle, davon ergriffen. Allein wenn dieſe Hypothek im Lande ☽ in

Bezug auf einzelne dort befindliche Sachen geltend gemacht werden ſoll, wo die Generalhypotheken vielleicht eine ſchlechtere Stellung haben, als im Lande ☉, z. B. allen Specialhypotheken nachſtehen, während ſie im Lande ☉ mit jenen zugleich nach Ordnung der Zeit befriedigt wurden, ſo wird das Recht des Gläubigers nur nach den Geſetzen des Landes ☽ beurtheilt, gleichviel, ob die fraglichen Sachen ſich zur Zeit der Entſtehung des Pfandrechts im Lande ☉ befanden, oder bereits im Lande ☽ waren. Giebt alſo im Lande ☽ die Generalhypothek — ausdrückliche oder ſtillſchweigende — gar keine Priorität, und vielleicht auch gar kein Recht gegen den dritten Beſitzer, ſo kann der Gläubiger dort auch keins dieſer Rechte in Anſpruch nehmen. — Iſt dem Fiscus, den Kirchen u. ſ. w. im Lande ☉ eine ſtillſchweigende Hypothek auf dem Vermögen ihrer Schuldner gegeben, ſo kann nur der inländiſche Fiscus, eine inländiſche Kirche, nicht aber der Fiscus eines ausländiſchen Staates, eine ausländiſche Kirche verlangen, als Pfandgläubiger angeſehen zu werden. Iſt aber der Ehefrau wegen der dos am Vermögen des Ehemanns, dem Mündel am Vermögen des Vormunds eine ſtillſchweigende Hypothek ertheilt, ſo kommt dieß inländiſchen und ausländiſchen Eheweibern und Mündeln gleichmäßig zu Statten. Umgekehrt aber, wenn im Lande ☉ den Eheweibern und Mündeln ein derartiges Recht zugeſtanden wäre, im Lande ☽ aber nicht, ſo würden die Eheweiber und Mündel aus ☽ zwar in ☉ als hypothekariſche Gläubiger gelten; die gleichen Perſonen aus ☉ aber in ☽ nicht. Dies gilt auch von allen andern privilegiis personae und privilegiis causae.

Ueber dieſe Inſtitute hinaus beſteht, das materielle Recht betreffend, eigentlich nur noch in Einer allgemeinen Hinſicht eine Verbindung unter den civiliſirten Staaten. Wenn nämlich in den Geſetzen eines Landes für ein Rechtsgeſchäft gewiſſe Solennitäten vorgeſchrieben ſind, d. i. äußere, das Weſen der Sache nicht berührende Formen, welche entweder um des künftigen Beweiſes willen, oder, um die Vollzieher des Geſchäfts lebhafter an die Wichtigkeit deſſelben zu erinnern, für nothwendig erachtet werden, ſo hat der Unterthan dieſes Staates, wenn er ein Geſchäft der Art in einem andern Staate, wo andere Solennitäten beſtehen, vollzieht, genug gethan, wenn er die Solennitäten des Staates, in dem er ſich befindet, beobachtet hat; und das Geſchäft gilt in dem letztern Falle formell auch in ſeinem Heimathlande. Doch reicht es bei Teſtamenten und ähnlichen einſeitigen Geſchäften auch hin, wenn er im Auslande die Formalitäten ſeines Heimathslandes beobachtet hat. Die Regel, daß man genug thue, wenn man bei einem ſolchen Geſchäfte die geſetzlichen Solennitäten des Orts berückſichtige, wo man ſich eben bei der Vollziehung aufhält, drückt man gewöhnlich mit dem Satze aus: „locus regit actum.“ Von einer andern Bedeutung dieſes, oft mißverſtandenen und weit über die Grenzen ſeiner eigentlichen Bedeutung ausgedehnten Rechtsſprichworts wird bei der Lehre von den Dispoſitivgeſetzen die Rede ſein. Im Uebrigen tritt nunmehr das allgemeine Grundprincip der ganzen Materie hervor, daß bei der Colliſion der (regulativen) Geſetze des Inlandes mit denen des Auslandes das

Geſetz des Inlandes den Vorzug habe. So hat Jedermann, ſo lange er Unterthan eines beſtimmten Staates iſt, ſeine Staatsbürgerpflichten, dieß Wort im allgemeinſten Sinne für alle öffentlichen Obliegenheiten genommen, zwar auch im Auslande inſoweit zu erfüllen, als dieſelben in ſeiner Heimath auf Geſetzen beruhen, welche der Unterthan nicht blos in den Grenzen dieſes ſeines heimathlichen Landes, ſondern allenthalben zu beobachten hat. Indeſſen wird er zu dieſer Erfüllung von einem auswärtigen Staate, in deſſen Gebiete er ſich befindet, niemals angehalten; es müßten denn beſondere Staatsverträge (deren es zwiſchen den deutſchen Staaten mehrere giebt) ein Anderes bedingen. Selbſt wenn er irgend welche auf öffentlich-rechtliche Verpflichtungen begründete Geldleiſtungen, z. B. Abgaben, in Rückſtand gelaſſen haben ſollte, als er ſich aus dem Heimathlande in das Ausland wandte, und dort das Staatsbürgerrecht erlangte, ſo treibt ſeine neue Obrigkeit ſolche von ihm nicht ein. Noch weniger würde dieß der Fall ſein, wenn der Inländer im Auslande auf irgend eine Weiſe, z. B. durch Uebertretung der Zollgeſetze, eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit contrahirt hätte; und es ſind vielfache Beiſpiele vorhanden, daß hierauf gerichtete Requiſitionen abgelehnt worden ſind. Privatrechtliche Verbindlichkeiten betreffend, ſo wird die natürliche Verbindlichkeit an und für ſich zwar allenthalben anerkannt, wo ſie auch immer entſtanden ſein möge, allein über die Frage: Ob eine natürliche Verbindlichkeit entſtanden, und inwieweit ihr Geltung beizulegen ſei? entſcheidet das Gericht nach den Geſetzen des Staates, dem es angehört, wenigſtens inſoweit von der Geltendmachung dieſer Verbindlichkeit im Inlande die Rede iſt. Fragt es ſich dagegen, ob eine bereits im Auslande erfüllte Verbindlichkeit gehörig erfüllt ſei oder nicht, ſo muß dieß natürlich nach den Geſetzen des Auslandes entſchieden werden. — Bei Verbindlichkeiten, welche auf rein poſitiv rechtlichen Beſtimmungen beruhen, alſo keinen natürlichen Entſtehungsgrund haben, ſondern durch die, wenn ſchon vollkommen rechtmäßige Willkür des ausländiſchen Geſetzgebers feſtgeſetzt ſind, iſt zu unterſcheiden: a) es ſind Jemandem im Inlande in allen dieſen Hinſichten gewiſſe Verpflichtungen auferlegt. Dieſe werden im Auslande gar nicht beachtet, auch dann nicht, wenn die Handlung oder der Contract im Inlande, wo jene Geſetze gelten, vollzogen worden iſt. Wenn indeſſen in zwei Staaten dem Weſen nach ähnliche, jedoch dem Grade nach verſchiedene Wirkungen mit einer gewiſſen Handlung verknüpft, oder auch in dem einen Staate eine ſolche Wirkung damit verbunden, in dem andern aber nicht verbunden iſt, ſo gilt im Verhältniſſe dieſer beiden Staaten die ſchon vorhin bei einer andern Gelegenheit erwähnte Regel, daß gegenſeitig diejenige Norm angenommen wird, bei welcher die wenigſte Beſchränkung der Freiheit des Einzelnen, die geringſte Verbindlichkeit u. ſ. w. den Verpflichteten trifft. b) Wenn einer Handlung, einem Verhältniſſe u. ſ. w., aus welchem an ſich eine natürliche privatrechtliche Verbindlichkeit entſteht, durch die Regulativgeſetze eines Landes dieſe Wirkung entzogen iſt, ſo muß zuvörderſt der Fall ausgeſondert werden, wo am Orte der Klage angenommen wird, daß aus jener

Handlung u. ſ. w. auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit entſpringe. Dann findet, wie ſich von ſelbſt verſteht, dort gar keine Klage ſtatt. So würde z. B. ein Kläger abgewieſen werden, der in Deutſchland aus einem Sclavenhandel auf Lieferung der Sclaven oder auch auf Zahlung des Kaufpreiſes klagen wollte — ſelbſt wenn das Geſchäft in einem Staate, wo der Sclavenhandel erlaubt iſt, gemacht wäre; auch die Sklaven nicht etwa hier, ſondern nur dort geliefert werden ſollen. Wenn dagegen ein Staat die Sklaven überhaupt als Waare, und alſo den Handel damit als ein Geſchäft, woraus eine natürliche Verbindlichkeit entſteht, anerkennt, ſo wird die Annahme der Klage nicht verweigert werden können. Iſt aber nach den Anſichten auch desjenigen Staates, in welchem geklagt werden ſoll, zwar eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden, ſie iſt aber für unklagbar erklärt, — ſei es nun, daß die Handlung, das Geſchäft, der Zuſtand u. ſ. w. zugleich für verboten geachtet iſt oder nicht, — ſo ſind fernerweit zwei Fälle zu unterſcheiden: 1) die Verbindlichkeit iſt aus einer einſeitigen Handlung entſtanden; — dann findet keine Klage ſtatt. Z. B. wenn im Lande ☉ das Geſetz gilt, daß der Spielwirth die in ſeinem Hauſe von den Spielern verurſachten Beſchädigungen und Diebſtähle nicht erſetzt verlangen kann, ſo kann derſelbe gegen einen Unterthan des Staates ☉ in dieſem Staate auch dann nicht klagen, wenn er den Schaden im Lande ☽ erlitten hat, wo jenes Geſetz nicht gilt. 2) Die Verbindlichkeit iſt durch Vertrag entſtanden — hier ſind die Grundſätze minder ſtreng. Iſt das Geſchäft im Inlande blos unklagbar, ohne daß die verſprochene Leiſtung oder Gegenleiſtung zugleich verboten iſt, ſo kann daſſelbe, wenn es im Auslande vollzogen worden iſt, wo es erlaubt war, auch im Inlande (wenigſtens nach der milderen Meinung) klagbar gemacht werden, z. B. A. hat dem B., einem Bürger des Staates ☉, im Staate ☽ wiſſentlich zum Spiele ein Darlehn gegeben. Konnte in ☽ dieſes Darlehn eingeklagt werden, ſo kann A. den B. auch in deſſen Heimath ☉ auf Rückzahlung verklagen, wenn ſchon dort Darlehne zum Spielen kein Klagerecht geben. Etwas anders geſtaltet ſich die Sache, wenn von verbotenen Handlungen die Rede iſt. War nämlich die Leiſtung ſelbſt, welche gefordert wird, obſchon eine ſolche, hinſichtlich deren eine natürliche Verbindlichkeit ſtattfindet, die alſo kein Criminalverbrechen im engern Sinne iſt, dennoch im Inlande verboten, ſo kann zwar nicht darauf geklagt werden, daß die verbotene Leiſtung im Lande gewährt werde, wohl aber findet eine Klage ſtatt, wenn die Leiſtung im Auslande ſtattfinden ſoll. Eben ſo kann die Gegenleiſtung, vorausgeſetzt, daß dieſe unverboten iſt, für eine dergleichen im Auslande gewährte Leiſtung, die aber im Inlande verboten iſt, gefordert werden. Wenn alſo z. B. im Lande ☉ der Debit von Lotterielooſen des Landes ☽ verboten iſt, und es hat ein Einwohner des Landes ☉ dergleichen Looſe in ☽ zu liefern verſprochen, oder er hat dort dergleichen gekauft und empfangen, ſo kann er ſowohl im erſten Falle auf Bewirkung der Lieferung, als im zweiten auf Bezahlung des Kaufpreiſes mit Erfolg belangt werden. Endlich c) iſt auch hier zu bemerken, daß das inländiſche Gericht bis-

weilen ausländiſche Geſetze und geſetzähnliche Beſtimmungen als factiſche Momente zu betrachten und bei einer Entſcheidung zu berückſichtigen hat. Ein ſolcher Fall tritt z. B. ein, wenn A. behauptet, daß ihm B. durch eine Unterlaſſung einen Schaden zugefügt habe. Mag auch die Verbindlichkeit zur Erſtattung derſelben immerhin eine natürliche ſein, ſo iſt ſie doch nur denkbar unter der Vorausſetzung, daß B. eine poſitive Verpflichtung zum Handeln gehabt habe. Ob nun eine ſolche vorhanden geweſen ſei, wird, wenn etwa B. zu der Zeit, wo die Unterlaſſung ſtatt hatte, ausländiſcher Beamter war, lediglich nach den hierauf bezüglichen ausländiſchen Geſetzen oder Inſtructionen zu beurtheilen ſein. Dieſe kommen jedoch hier nicht als Geſetze, ſondern nur als factiſche Momente in Betracht. — Einer beſonderen Betrachtung bedarf das Wechſelgeſchäft. Bei dieſem Geſchäfte haben ſich nämlich in Folge der eigenthümlichen Natur des Wechſels, der ſehr oft viele Länder und Staaten durchläuft, die allgemeinen Principien über Colliſion der Geſetze, wenigſtens zum Theil beſonders modificirt. Anlangend die Wechſelfähigkeit, ſo gelten jene allgemeinen Grundſätze, wo das Particularrecht ſie nicht abgeändert hat, in ihrer ganzen Ausdehnung. Wer alſo in ſeinem Heimathlande, Alters halber, wechſelunfähig iſt, der iſt es allenthalben. Wem aber in dieſem Heimathlande aus anderen politiſchen Gründen das Recht, Wechſelgeſchäfte zu machen und Verbindlichkeiten zu übernehmen, entzogen iſt, der kann zwar aus einem Wechſel nicht in dieſem ſeinen Heimathslande, wohl aber im Auslande belangt werden. Sind daher im Lande A. blos Kaufleute wechſelfähig, und es übernimmt dort ein Nichtkaufmann eine Wechſelverbindlichkeit, ſo kann dieſelbe dennoch im Lande B., dafern dort auch der Nichtkaufmann wechſelfähig iſt, geltend gemacht werden, wenn der Schuldner dort zu erlangen iſt. Ebenſo muß die Form der Wechſel, d. i. der Inbegriff der einzelnen Merkmale, wodurch eine Urkunde zum Wechſel, oder eine Perſon als Inhaber des Wechſels, oder auch als Wechſelſchuldner bezeichnet wird, beurtheilt werden nach den Geſetzen des Landes, wo der Wechſel geltend gemacht werden ſoll. Alles alſo, was in Bezug auf die Ausſtellung (abgeſehen von der Perſönlichkeit des Ausſtellers), mithin auf den Inhalt des Wechſeldocumentes ſelbſt, auf die Form der giri, der Acceptation u. ſ. w. in einem Lande vorgeſchrieben iſt, wird, wenn der Wechſel in dieſem Lande vor Gericht kommt, dadurch nicht außer Wirkung geſetzt, daß es in dem Lande, wo der Wechſel ausgeſtellt, girirt, acceptirt worden iſt u. ſ. w., nicht vorgeſchrieben iſt, und eben ſo wenig wird ein Wechſeldocument im Inlande deswegen aufhören als Wechſel zu gelten, weil es ihm an Erforderniſſen fehlt, die das Ausland, wo er entſtanden iſt, nicht aber das Inland an einen formell giltigen Wechſel ſtellt. Alſo: Es wird im Lande ⊙ zum Weſen des Wechſels gefordert, daß das Document ſich ſelbſt als Wechſel unter ausdrücklichem Gebrauche dieſes Wortes ankündige, oder daß es das Bekenntniß der empfangenen Valuta enthalte. Im Lande ☽ hingegen gilt jede Anweiſung oder jeder Schuldſchein als Wechſel, auch wird das Bekenntniß der empfangenen Valuta nicht erfordert. Dennoch kann eine in ☽ ausgeſtellte Schuld-

urkunde oder Anweiſung, oder auch ein Wechſel, in welchem das Bekenntniß der empfangenen Valuta fehlt, im Lande ⊙ entweder gar nicht, oder doch nicht als ein giltiger Wechſel, d. i. ein ſolcher, auf welchen eine Wechſelklage gegründet werden könnte, betrachtet werden. Daher wird man auch einen in Cöthen zur Acceptation vorgelegten Wechſel, bei dem aber das Accept nicht vollſtändig darauf geſchrieben, ſondern nur angefangen worden iſt, auswärts nicht für acceptirt erachten, obwohl in der cöthenſchen Wechſelordnung Art. 5 ſteht: „daß eine Acceptation für giltig und vollſtändig gehalten werden ſolle, wenn der Acceptant nur die Feder deswegen anſetzt und einen Buchſtaben auf den Wechſelbrief geſchrieben hat." Nicht minder würde ein Giro in bianco, ob es gleich vielleicht im Lande ☽ den Inhaber des Wechſels hinreichend legitimirte, im Lande ⊙, wenn dort die Giri in bianco für ungiltig erklärt ſind, zu dem gleichen Zwecke für hinreichend nicht geachtet werden. — Die Zeit, wenn gezahlt werden ſoll, wird gleichfalls beſtimmt durch die Rechte des Ortes, wo die Zahlung zu leiſten iſt. Wenn alſo an dieſem Orte Reſpecttage beſtehen, ſo kann der Schuldner auch an keinem anderen Orte vor Ablauf dieſer Reſpecttage belangt werden, geſetzt auch, daß übrigens das forum dort gegen ihn gehörig begründet wäre. — Die Fragen über die auf einen Wechſel zu verfügende Execution, alſo z. B. ob dieſe durch Perſonalarreſt oder durch Hilfsvollſtreckung in die Güter des Schuldners geſchehen ſolle, nach welchen vorgängigen Prozeßformen ſie zu verfügen ſei, wie lange der Perſonalarreſt dauern ſolle u. dgl., ſind nach dem Rechte des Landes, wo die Klage angeſtellt wird, zu beantworten. Die Erklärung eines Wechſelſchuldners bei einem trockenen Wechſel, oder des Ausſtellers einer Wechſeltratte, daß er ſich einem fremden Wechſelrechte unterwerfe, ändert hierin nicht das Mindeſte. Eine ſolche Erklärung hat keine andere Wirkung, als daß rein dispoſitive Wechſelgeſetze des Landes, deſſen Wechſelordnung ſich Jemand unterworfen hat, gegen ihn (und zugleich gegen diejenigen, welche causam von ihm haben oder der Wechſelverbindlichkeit beigetreten ſind) auch im Auslande in Anwendung gebracht werden können, Regulativgeſetze aber immer nur in dem Lande ſelbſt, deſſen Wechſelgeſetze er ſich unterwarf. Nur wenn in einem und demſelben Staate verſchiedene Wechſelgeſetze gelten, pflegen, wenn ſich Jemand der Wechſelordnung eines anderen Diſtrictes oder einer anderen Stadt ausdrücklich unterworfen hat, auch die Regulativgeſetze dieſes Diſtrictes oder dieſer Stadt in anderen Städten und Provinzen deſſelben Staates gegen den Schuldner in Anwendung gebracht zu werden. — Was dagegen den Wechſelregreß betrifft, ſo iſt zwar darüber, ob der Fall deſſelben überhaupt vorhanden ſei, lediglich nach dem Rechte des Ortes, wo die Klage angebracht wird, zu entſcheiden. Z. B. am Orte der Ausſtellung gilt der ſogenannte ſpringende Regreß, am Orte der Klage nicht — oder es wäre in A., wo eine Tratte ausgeſtellt iſt, Rechtens, daß der Acceptant nach der Einlöſung einen wechſelmäßigen Regreß an den Ausſteller hätte, dieſer Regreß ſollte aber in B., wo jenes Recht nicht gilt, ausgeübt werden; dieß würde unzuläſſig ſein und die Klage abgewieſen werden müſſen.

Allein findet nach dem Rechte des Ortes, wo die Klage angebracht iſt, der Regreß an und für ſich, jedoch nur unter gewiſſen Bedingungen ſtatt, ſo werden dieſe Bedingungen nicht nur in rein formeller Hinſicht, wie z. B. hinſichtlich der Solennitäten bei Erhebung der Proteſte, ſondern auch (und dieß iſt die wichtigſte Eigenthümlichkeit beim Wechſelverfahren) in materiellem Betrachte nach dem Rechte des Ortes beurtheilt, wo die als Bedingungen des Regreſſes anzuſehenden Handlungen vorgenommen worden ſind, oder vorzunehmen waren. So alſo die Frage: zu welcher Zeit die Präſentation eines Wechſels zu bewirken, ob Notification von der Erhebung eines Proteſtes nöthig ſei, und an wem ſie bewirkt werden müſſe u. ſ. w. Wenn jedoch die Wechſelklage in A. angebracht wird, und dort weniger Solennitäten erforderlich ſind, als in B., wo zu Begründung des Regreſſes ein Mehreres erfordert wird, ſo hat man ſich, nach der Meinung Einiger, in A. zu begnügen, wenn nur die Bedingungen, wie ſie in A. ſtattfinden, erfüllt worden ſind. Beiſpiel: Ein Wechſel iſt im Lande B. wegen Mangel an Zahlung proteſtirt worden. In dieſem Lande iſt es aber zur Begründung des Regreſſes nöthig, daß zugleich dem Vormanne, der in A. lebt, Nachricht von dem erhobenen Proteſte gegeben worden ſei. Im Lande A. beſteht dieſes Geſetz nicht. Hier wird nach jener Anſicht, auch wenn die Ertheilung der Nachricht über die Erhebung des Proteſtes vom Präſentanten unterlaſſen worden iſt, nichtsdeſtoweniger die Regreßklage vor den Gerichten zu A. mit Erfolg erhoben werden können. Allein dieſe Meinung ſcheint bedenklich, wenigſtens dann, wenn der Schuldner in A. noch anderweiten Regreß zu nehmen hat, wo ihm dann von ſeinen Vormännern in anderen Staaten die Exception einer eingetretenen Präjudicirung des Wechſels entgegengeſetzt werden könnte; und es muß für richtiger gehalten werden, daß man auch in A. den Nachweis der Erfüllung aller jener Bedingungen erfordere, welche in B. zur Begründung des Regreſſes vorgeſchrieben ſind.

Regulativgeſetze im Bezug auf Prozeßrecht. Der Prozeßgang wird allenthalben nach den Formen und Rechten des Landes beurtheilt, in welchem der Prozeß geführt wird, doch mit Beachtung der oben gegebenen Regel, daß die äußeren Formen eines, im Auslande vollzogenen Geſchäftes nach den Geſetzen des Auslandes zu beurtheilen ſind. Wenn alſo ein, zum Prozeſſe gehöriger Act z. B. auf Requiſition des inländiſchen Gerichtes von einem auswärtigen vollzogen wird (wozu ſich die Staaten chriſtlich-europäiſcher Bildung ebenfalls gegenſeitig für verbunden achten), ſo wird zwar dieſer Act von dem ausländiſchen Richter in der von den Geſetzen ſeines Staates vorgeſchriebenen Form vollzogen, es gilt aber dieſe Form, wie ſehr ſie auch von der inländiſchen abweichen möge, dennoch im Prozeſſe eben ſo gut, als ſie gelten würde, wenn der Act im Inlande nach inländiſchen Geſetzen vollzogen wäre. Hinſichtlich des Beweiſes, ſowohl der Formen deſſelben, als auch der Beweismittel, und ſelbſt der Beweislaſt, wird Alles nach inländiſchen Geſetzen beſtimmt. So kann z. B. Niemand, der als Unterthan des Staates A. einen Prozeß in dem Staate B. führt, den ihm vom Gegner mit Beifall der Geſetze des Staates B.

angetragenen Eid um deßwillen ablehnen, weil das Geſchäft, worüber geſtritten wird, im Staate A. vollzogen worden iſt, und dort darüber der Eidesantrag nicht ſtattgefunden haben würde. Eben dieß gilt hinſichtlich der Beſtimmungen über die Beweislaſt, inſoweit ſie durch Regulativgeſetze oder abſolute Dispoſitivgeſetze vorgeſchrieben ſind. Anders bei den, durch hypothetiſche Dispoſitivgeſetze feſtgeſtellten, wovon nachher. Welche Wirkung ein im Staate A. geſprochenes und rechtskräftig gewordenes Urthel im Staate B. habe, iſt gänzlich ſtreitig. Als allgemein anerkannt kann man höchſtens folgende Sätze betrachten: a) Waren beide Parteien zu der Zeit, wo das Urthel rechtskräftig wurde, Unterthanen des Staates A., ſo gilt daſſelbe in jedem anderen Staate von chriſtlich-europäiſcher Bildung. b) Wenn nur eine Partei oder auch keine derſelben Unterthanen jenes Staates waren (z. B. wenn ein Fremder den Anderen während der Leipziger Meſſe bei dem dortigen Handelsgerichte verklagt hat), ſo gilt das Urthel im Auslande nur inſoweit, als entweder in demſelben eine Verbindlichkeit für getilgt anerkannt, und Jemand von der Verpflichtung, ſie zu erfüllen, förmlich losgeſprochen worden iſt (und auch dieß nur, inſofern der auswärtige Staat das forum gegen den Gläubiger im Allgemeinen als begründet anerkennt), oder als derjenige, welcher zu etwas verurtheilt wurde, Unterthan des Staates war, deſſen Gerichte das Urtheil ſprachen. In allen anderen Fällen aber, und ganz beſonders dann, wenn Jemand, der nicht Unterthan des erkennenden Staates war, zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, etwa die Bezahlung der Gerichtskoſten ausgenommen, verurtheilt iſt, wird die Rechtskraft des Urtheils nicht allgemein anerkannt, und daſſelbe nicht allenthalben vollſtreckt, ſondern dieß kann nur da als ein Recht verlangt werden, wo die gegenſeitige Vollſtreckung der Erkenntniſſe durch beſondere Staatsverträge feſtgeſtellt iſt. — Endlich iſt hier noch zu erwähnen die Exception der Exſtinctivverjährung und der Fall, wo die Erforderniſſe derſelben, namentlich die Zeitdauer im Auslande, wo eine Verbindlichkeit entſtanden iſt, durch die Geſetze anders beſtimmt werden, als im Inlande, wo dieſe Verbindlichkeit zur gerichtlichen Verhandlung kommt. Z. B. A. und B. haben in dem Staate ⊙ contrahirt. B. hatte dort eine Verbindlichkeit zu erfüllen, die vom Verfalltage an binnen 2 Jahren verjährt. A. hat während dieſer Zeit nicht geklagt. Später zieht B. in den Staat ☽, wo die Verjährung jener Forderung erſt nach 30 Jahren eintritt. Jetzt verklagt ihn A, etwa im zehnten Jahre nach der Verfallzeit. Hier ſind Viele der Meinung, daß die Klage nicht ſtatt haben könne, ſondern der Beklagte losgeſprochen werden müſſe, weil die Verjährung dort, wo die Forderung entſtanden, nicht nur überhaupt, ſondern ſogar zu einer Zeit eingetreten ſei, wo B. noch Bürger des Staates ⊙ geweſen. Dieſe Anſicht ſcheint jedoch in dieſer Allgemeinheit ausgeſprochen unrichtig. Die Verbindlichkeiten ſind doppelter Art, entweder natürliche, d. i. ſolche, welche auf einem natürlichen Entſtehungsgrunde beruhen — oder poſitivrechtliche (dieſes Wort in dem oben angegebenen Sinne genommen). Für die letzteren konnte der Geſetzgeber allerdings auch die Dauer derſelben feſtſetzen, und hier würde

alſo die in dem Lande, durch deſſen Geſetze ſie begründet werden, beſtimmte Verjährungsfriſt auch im Auslande zu berückſichtigen ſein, wenn nur überhaupt die Verbindlichkeit ſelbſt zu berückſichtigen wäre. Allein ob eine natürliche Verbindlichkeit fortdauern ſoll, dieß kann der Geſetzgeber ſo wenig beſtimmen, als daß ſie entſtehen ſoll. Sie entſteht, wenn die natürlichen Bedingungen ihres Entſtehens vorhanden ſind, ſie erliſcht, wenn die entgegengeſetzten Bedingungen eintreten. Der Staat und der Geſetzgeber können nur erklären, daß ſie von einer gewiſſen Zeit an das der Verbindlichkeit gegenüberſtehende Recht nicht mehr anerkennen, nicht mehr vollſtrecken wollen. Dieſe Erklärung, von dem Staate A. gegeben, bindet aber einleuchtender Weiſe an und für ſich den Staat B. nicht im Allermindeſten; und daß ſich ein Gewohnheitsrecht zwiſchen allen Staaten gebildet hätte, vermöge deſſen der Eine die Verjährungsgeſetze des Anderen zu berückſichtigen ſchuldig wäre, läßt ſich ſchlechterdings nicht nachweiſen.

Ordinativgeſetze.

Die Ordinativgeſetze eines Staates, ſowohl die gebietenden, als die verbietenden, haben im Auslande durchaus gar keine Kraft, und werden alſo dort nicht berückſichtigt. Hiervon macht nur eine, aber wichtige Gattung der Prohibitivgeſetze eine Ausnahme, nämlich diejenigen, wodurch Handlungen verboten ſind, welche zu den delictis iuris gentium gehören, d. i. ſolche Handlungen, welche ſchon an und für ſich, und vermöge des Begriffes des Rechtes und des Staates den Charakter des criminellen Unrechtes an ſich tragen. Es exiſtiren zwar gerade für dieſe Gattung von rechtswidrigen Handlungen nirgends ausdrückliche Verbote und kein Geſetzbuch ſagt: Es iſt verboten zu tödten, zu rauben, zu ſtehlen u. ſ. w. Allenthalben jedoch ſind dieſe Handlungen mit Strafen bedroht, und in der Strafandrohung ſelbſt liegt indirect das Verbot, oder vielmehr es liegt derſelben ſtillſchweigend zum Grunde. Die einzelnen Staaten von chriſtlich-europäiſcher Bildung, wenigſtens die meiſten von ihnen — denn einige ſcheinen allerdings den Satz nicht anzuerkennen — achten ſich nun für verbunden, ein jedes zu jener Zahl gehörige Verbrechen, wenn der Verbrecher in die Grenzen ihres Gebietes kommt, im Intereſſe der allgemeinen Sicherheit entweder ſelbſt zum Gegenſtande einer Unterſuchung zu machen, oder doch auf Verlangen des Nachbarſtaates den Verbrecher auszuliefern. Freilich iſt man nicht ganz einig darüber, welche Vergehungen man als delicta iuris gentium anſehen ſoll, und welche nicht. Am zweifelhafteſten iſt dieſe Frage bei den ſogenannten politiſchen Verbrechen, namentlich bei dem Verbrechen des Hochverrathes, wiewohl gerade dieſer als ein Angriff auf die Perſönlichkeit des Staates den Charakter des criminellen Unrechtes, welcher das Weſen der delicta iuris gentium ausmacht, vollkommen an ſich zu tragen ſcheint, was jedoch hier nicht weiter zu unterſuchen iſt. Uebrigens folgt daraus, daß eine Handlung, die im Auslande begangen iſt, bei uns als Verbrechen angeſehen und der Thäter zur Strafe gezogen wird, noch keineswegs, daß dieſe Handlung bei uns mit derſelben Strafe belegt werden müſſe, mit welcher ſie an dem Orte belegt worden ſein

würde, wo ſie begangen worden iſt. Denn wenn wir auch die Handlung ſelbſt als Verbrechen anerkennen, ſo iſt damit doch noch nicht geſagt, daß wir die intenſive Größe deſſelben eben ſo abſchätzen müßten, als ſie jener Staat abgeſchätzt hat, in welchem ſie verübt wurde. Andererſeits kann eine unſerem Staate angehörige Perſon oder Einrichtung unter Umſtänden verletzt worden ſein, wo der Staat, innerhalb deſſen die verletzende Handlung ausgeführt wurde, gar nicht geſtraft haben würde, oder wo die Verletzung ſelbſt völlig außerhalb des Gebietes irgend eines Staates vorgefallen iſt. Dann ſtraft unſer Staat auf den Grund ſeines eigenen Rechtes, und ſeines eigenen Geſetzes. Dieß iſt nämlich allenthalben der Fall, wo unſer Staat ſelbſt, oder eine von ihm zu ſchützende Perſon oder Einrichtung durch eine verbrecheriſche Handlung verletzt worden iſt. Man kann alſo hier folgende Regeln als in der Natur der Sache begründet, und mithin ſo lange, als ausdrückliche Landesgeſetze keine Ausnahme machen, auch als allgemein giltig anſehen: 1) Wo der Staat aus eigenem Rechte ſtraft, alſo da, wo er ſelbſt oder eine ihm angehörige Perſon oder Einrichtung verletzt iſt, kommt es nur darauf an, ob überhaupt die Handlung, welche begangen worden, von ihm mit Strafe bedroht iſt. War dieß der Fall, und iſt der Thäter in dieſes Staates Gewalt gekommen, ſo wird er nach den dortigen Geſetzen beſtraft, möge er die Handlung begangen haben, wo er wolle, und möge dieſelbe ein delictum iuris gentium ſein, oder irgend einer anderen Claſſe von ſtrafbaren Handlungen angehören. 2) War außer dieſem Falle durch eine im Auslande verübte Handlung ein delictum iuris gentium begangen, ſo iſt zu unterſcheiden, a) der Thäter war, als er die That im Auslande vollbrachte, bereits Unterthan unſeres Staates, oder iſt doch, nachdem er ſie vollbracht hat, Unterthan deſſelben geworden; b) er hat nach Begehung der Handlung in unſerem Staate nur einen temporären Aufenthalt genommen. Im erſten Falle wird gegen ihn, ſobald unſer Staat Kenntniß von dem begangenen Verbrechen erhält, zwar ohne Weiteres, im Intereſſe der allgemeinen Sicherheit verfahren, doch nur unter denſelben Bedingungen, unter denen auch dann, wenn er das Verbrechen im Inlande begangen hätte, verfahren worden ſein würde, d. h. namentlich: wenn in dem letzteren Falle Denunciation des Verletzten abzuwarten geweſen wäre, ſo wird ſie auch jetzt abzuwarten ſein. Im letzteren Falle aber kann die Unterſuchung ex officio eigentlich gar nicht angefangen werden; ſondern es muß allemal die Aufforderung des fremden Staates, in deſſen Gebiete das Verbrechen verübt worden iſt, oder doch die Anzeige des Verletzten abgewartet werden. Auch kann die Aufforderung des fremden Staates eigentlich nicht auf Eröffnung der Unterſuchung gegen den Verbrecher, ſondern nur auf Auslieferung deſſelben gerichtet werden, und es ſteht in der Willkür unſeres Staates, ob er Auslieferung verfügen, oder ſelbſt mit der Unterſuchung verfahren will. In beiden Fällen kann jedoch gegen den, der im Auslande ein Verbrechen beging, wodurch nicht unſer Staat und deſſen Angehörige oder Einrichtungen verletzt worden ſind, keine härtere Strafe verfügt werden, als diejenige, die ihn getroffen haben würde, wenn er an dem Orte ſelbſt, wo er das Ver=

brechen beging, zur Unterſuchung und Strafe gezogen worden wäre, woraus folgt, daß, wenn auch eine Handlung zwar bei uns, nicht aber in dem Lande, wo ſie begangen worden iſt, als delictum iuris gentium angeſehen wird, gar keine Strafe bei uns ſtattfinden kann, wenn auch der Verbrecher zur Zeit des verübten Vergehens Unterthan unſeres Staates geweſen wäre. Nur dann würde die Regel eine, wiewohl nur ſcheinbare Ausnahme leiden, wenn bei uns ein Geſetz beſtünde, wodurch den Unterthanen unſeres Staates gewiſſe Handlungen in der Maße unterſagt würden, daß ſie dieſelben nicht blos im Inlande, ſondern allenthalben, wo ſie ſich irgend befinden, unterlaſſen ſollen. Dann aber träte der obenerwähnte Erſte Fall ein, wo unſere Geſetze und Einrichtungen verletzt wären, wo alſo unſer Staat aus eignem, unmittelbarem Intereſſe, nicht blos im Intereſſe der allgemeinen Sicherheit ſtrafte. — Dieſe Wahrnehmung des Intereſſe der allgemeinen Sicherheit erſtreckt ſich jedoch, wie bemerkt, nur auf den Kreis der Staaten von chriſtlich-europäiſcher Bildung. Wenn Jemand Handlungen, die ganz offenbare delicta iuris gentium ſind, außerhalb dieſes Kreiſes, etwa in den barbariſchen Staaten von Afrika, oder ſelbſt in Europa, aber in der Türkei begangen hat, ſo nehmen die Staaten chriſtlich-europäiſcher Bildung hiervon in der Regel gar keine Notiz, dafern nur nicht entweder ihr eigener Staat, oder deſſen Geſetze und Angehörige, oder doch die Angehörigen eines anderen Staates von chriſtlich-europäiſcher Cultur dadurch verletzt worden ſind, und die Verletzten, oder der Staat, dem ſie als Bürger angehören, auf Unterſuchung und Beſtrafung gegen den, in unſerem Gebiete befindlichen Verbrecher anträgt. Hat alſo Jemand in Timbuktu einen Unterthan des dortigen Sultans erſchlagen, oder dort geraubt, geſtohlen u. ſ. w., ſo wird deßhalb in Europa gegen ihn gar nichts verfügt. Hätte er aber daſſelbe an einem Teutſchen, Engländer, Franzoſen u. ſ. w. verübt, ſo würde Unterſuchung und Beſtrafung ſtattfinden, die Strafe jedoch alsdann jedenfalls lediglich nach den Geſetzen des Staates, deſſen Gerichte die Unterſuchung führen, beſtimmt werden. — Dieſe Grundſätze ſind durch Verträge zwiſchen den einzelnen unabhängigen Staaten mannigfaltig modificirt. Die für uns wichtigſte derartige Beſtimmung iſt die, daß im Verhältniſſe der Staaten des teutſchen Bundes unter einander auch mehrere Verbrechen, die an ſich keine delicta iuris gentium oder doch nicht allgemein als ſolche anerkannt ſind, namentlich alle politiſche Verbrechen, die der Unterthan eines Bundesſtaates gegen dieſen ſelbſt, oder gegen einen anderen Bundesſtaat begangen hat, als ſolche angeſehen werden, die für jeden Bundesſtaat die Verpflichtung begründen, den Verbrecher, wenn er ſich in deſſen Grenzen befindet, entweder ſelbſt zu beſtrafen oder auszuliefern. Einigermaßen ähnliche Beſtimmungen beſtehen in Bezug auf Zolldefraudation in den Staaten des preußiſch-teutſchen Zollvereines. — Außer den hier gedachten Fällen werden ordinative Geſetze des Auslandes, mögen ſie Prohibitionen oder Präceptivgeſetze ſein — mögen ſie in barbariſchen Ländern, oder in Staaten von chriſtlich-europäiſcher Bildung beſtehen — im Inlande gar nicht berückſichtigt. So z. B. die Polizeigeſetze, Adminiſtrativvorſchriften, Zollgeſetze u. ſ. w.

Nur eine Gattung von Prohibitionen bedarf noch einer beſonderen Erwähnung, nämlich das Verbot der Heurathen in gewiſſen nahen Graden der Verwandtſchaft. Darüber ſind alle einverſtanden, daß, wo nicht beſondere Landesgeſetze entgegenſtehen, die Ehe, die ein Inländer im Auslande mit einer Verwandten, mit welcher jedoch die Verheurathung nach den dortigen Geſetzen erlaubt war, geſchloſſen hat, auch im Inlande beſteht, geſetzt ſelbſt, daß die Eheleute in einem im Inlande verbotenen Grade verwandt wären. Ebenſo umgekehrt, wenn die im Auslande geſchloſſene Ehe zwar dort wegen Nähe des Verwandtſchaftsgrades unerlaubt geweſen wäre, aber im Inlande erlaubt iſt. Es dürfte aber wohl unbedenklich ſein, noch einen Schritt weiter zu gehen, und im Zweifelsfalle, d. h. da, wo nicht die Landesgeſetze ein Anderes verordnen, die Regel feſtzuhalten, daß keine, einmal geſchloſſene Ehe wegen Nähe des Verwandtſchaftsgrades ex officio getrennt werden könne, ſobald ſie nur nach den kirchlichen Grundſätzen der Confeſſion, welcher die Eheleute, oder doch eins derſelben angehört, in irgend einem chriſtlichen Staate als giltig anzuſehen ſein würde. Ganz in derſelben Weiſe ſind auch die auf die Ehe bezüglichen Präceptivgeſetze, durch welche ihr Rechtsſtand von gewiſſen Bedingungen, Einwilligung der Eltern, der Vorgeſetzten, vorausgegangenem öffentlichen Aufgebote abhängig gemacht iſt, zu beurtheilen. Ja, ſelbſt eine von Inländern im Inlande mit Vernachläſſigung der dießfallſigen bürgerlichen Geſetze, aber ſonſt in den üblichen, kirchlichen oder bürgerlichen Formen geſchloſſene Ehe würde wohl ſchwerlich in einem chriſtlichen Staate, den Fall ausdrücklicher Specialgeſetze ausgenommen, wiederum getrennt werden; ſondern man würde ſich begnügen, die Eheleute, ſo wie den Pfarrer, die Obrigkeit und andere Perſonen, die dabei mitgewirkt haben, zu beſtrafen. Dieß ſcheint wenigſtens dem, nicht blos bei den Katholiken (wiewohl bei dieſen ganz vorzüglich), ſondern auch bei den Proteſtanten aller Confeſſionen anerkannten kirchlich-religiöſen Charakter der Ehe angemeſſen.

Dispoſitive Geſetze des Auslandes und deren Anwendung im Inlande.

Das dispoſitive Geſetz iſt, wie oben bemerkt worden, ein ſolches, wodurch feſtgeſetzt wird, was im Zweifelsfalle als das factiſch Wahre, als dasjenige, was geſchehen iſt, bis zum Beweiſe des Gegentheiles angeſehen werden ſoll (praesumtiones iuris, welche jedoch noch von den logiſchen Präſumtionen zu unterſcheiden ſind). Ja bisweilen iſt ſogar nicht einmal ein Gegenbeweis geſtattet (praesumtiones iuris et de iure). Sie zerfallen in zwei Claſſen. Es iſt entweder beſtimmt, was bei irgend einer Willenshandlung, namentlich aber bei Contractverhältniſſen im Zweifelsfalle, und inſoweit die Intereſſenten nichts Anderes feſtgeſetzt haben, als Inhalt ihres Willens betrachtet werden ſoll; oder es bezieht ſich die geſetzliche Präſumtion auf irgend etwas Anderes, alſo auf eine Thatſache im engeren Sinne. Geſetze, welche dergleichen Präſumtionen der letzteren Art feſtſtellen, laſſen zwar meiſtens einen Gegenbeweis gegen die Präſumtion zu, aber ſie ſelbſt, die Präſumtionen, können durch die Parteiwillkür nicht abgeändert werden. Man kann ſie alſo, wie oben

ſchon bemerkt, abſolute Dispoſitivgeſetze nennen. Die dispoſitiven Verordnungen der erſten Claſſe hingegen hängen von der Parteiwillkür ab, und erſcheinen mithin als hypothetiſche Dispoſitivgeſetze. Die abſoluten Geſetze dieſer Gattung ſind nach denſelben Principien, wie die Regulativgeſetze zu beurtheilen. Ein Anderes aber gilt hinſichtlich der hypothetiſchen Dispoſitivgeſetze, und dieſe ſind es hauptſächlich, bei denen die Beantwortung der Frage, in welcher Maße das Geſetz des Auslandes im Inlande anzuwenden ſei, gar oft ſehr ſchwierig wird. Gewöhnlich ſtellt man die Regel auf, daß ein Geſchäft auch im Materiellen zu beurtheilen ſei nach den Geſetzen des Landes, wo es geſchloſſen wird, oder, wie Andere ſagen, wo es vollzogen werden ſoll, und man dehnt hierauf den ſchon oben erwähnten Grundſatz aus: locus regit actum. Da es nun nicht fehlen konnte, daß die Anwendung dieſer Regel zu ſehr befremdenden Reſultaten führte, ſo ſuchte man ſie auf verſchiedene Weiſe zu beſchränken, ohne doch für dieſe Beſchränkungen ein feſtes Princip aufſtellen zu können. Allein man ſcheint dabei den Geſichtspunkt, aus welchem dieſer Gegenſtand zu beurtheilen iſt, verfehlt zu haben. Die Frage über die Anwendung der hypothetiſchen Dispoſitivgeſetze iſt nichts anderes, als die Frage, in welchem Sinne ein Rechtsgeſchäft, deſſen Faſſung in einer gewiſſen Beziehung unvollſtändig iſt, erklärt und, wie das, was von den Parteien nicht ausdrücklich ausgeſprochen worden, aufgefaßt und ergänzt werden ſoll. Dieß und nichts Anderes iſt es wohl auch, wenn mehrere Schriftſteller[24]) behaupten, daß man bei der Beſtimmung, ob und in welcher Maße im Inlande ein Geſetz des Auslandes anzuwenden ſei, nach Maßgabe der Umſtände verfahren, Vieles der Anſchauung des Lebens und dem practiſchen Tacte zu überlaſſen habe — daß man dem Scharfſinne des Richters einen gewiſſen Spielraum laſſen müſſe u. ſ. w. Im Allgemeinen, und in Bezug auf die Anwendung fremder Geſetze überhaupt ausgeſprochen, würde jene Behauptung ſehr falſch ſein. Richtig aber iſt ſie aus dem angegebenen Grunde in Hinſicht auf die hypothetiſchen Dispoſitivgeſetze. — Geht man hiervon aus, ſo ſtellt es ſich gewiß als die natürlichſte Grundlage für die Ermittelung deſſen dar, was der unausgeſprochene Wille derjenigen, welche ein Rechtsgeſchäft vollzogen haben, geweſen ſei, und welche Dispoſitivgeſetze ſie hierbei im Sinne gehabt, wenn man annimmt, daß Jeder, der ein Geſchäft irgendwo vollzieht, zunächſt an diejenigen dispoſitiven Beſtimmungen denkt, welche in den Geſetzen ſeines Heimathsortes enthalten ſind. Hieraus entwickelt ſich nun von ſelbſt für die Interpretation der Geſchäfte der Grundſatz, daß im Zweifelsfalle diejenigen Dispoſitivgeſetze zum Grunde zu legen ſind, welche im Vaterlande der Geſchäftserrichter gelten. Bei einem einſeitigen Rechtsgeſchäfte bietet die Anwendung dieſes Principes keine weitere Schwierigkeit dar. Bei zweiſeitigen Rechtsgeſchäften und Contractsverhältniſſen ſind hauptſächlich vier Fälle in das Auge

---

24) So z. B. Zachariä, in ſ. oben angef. Abhandlung. Schweppe, röm. Privatr. Th. 1, §. 20a, S. 46, 47. Schäffner, internation. Privatrecht §. 6, S. 14.

zu faſſen, in denen zwar nicht alle, aber doch die meiſten und wichtigſten Möglichkeiten, wo die Frage über Anwendung ausländiſcher Dispoſitivgeſetze hervortritt, enthalten ſind. 1) Beide Contrahenten ſind Bürger des Staates ⊙, und contrahiren während eines zufälligen Aufenthaltes an einem auswärtigen Orte. 2) Einer von ihnen iſt Bürger des Staates ⊙, der andere aber Bürger des Staates ☽, und Beide contrahiren in ⊙ oder in ☽; oder auch 3) an irgend einem anderen Orte, der weder in ⊙ noch in ☽ liegt. 4) Der Eine iſt Bürger von ⊙, der Andere Bürger von ☽, und beide contrahiren ohne von ihren Wohnorten wegzugehen, etwa durch Briefe. So verſchieden dieſe factiſchen Verhältniſſe ſind, ſo erſcheint doch der obige Grundſatz bei allen gleich anwendbar. Wenn beide Contrahenten Bürger des Staates ⊙ wären, und ſie hätten in ⊙ contrahirt, ſo wäre es außer allem Zweifel, daß ihr Contract nach den Dispoſitivgeſetzen des Staates ⊙ zu beurtheilen ſei; und es träte hier noch gar keine Colliſion der Geſetze ein. Nun iſt aber nicht der mindeſte Grund vorhanden, weßhalb dieß anders ſein ſollte, wenn ſie ſich zufällig jenſeits der Grenze treffen. Wenn zwei Engländer, der Eine von Weſten, der Andere von Oſten kommend, ſich in Hamburg begegnen, und hier einen Contract abſchließen, in Folge deſſen der Eine für Rechnung des Anderen gewiſſe Waaren in Petersburg aufkaufen, und nach Stettin ſchaffen ſoll, und der Preis der einzelnen Stücken Waare nach Schillingen beſtimmt wird, ſo wäre es gewiß die unnatürlichſte Behauptung von der Welt, wenn man ſagen wollte, daß die Contrahenten hier nicht engliſche, ſondern Hamburger Schillinge gemeint hätten, weil in Hamburg, wie faſt überall, ein Dispoſitivgeſetz gelte, daß, wenn die Parteien die Münzſorten nicht beſonders beſtimmt hätten, im Zweifelsfalle Landesmünze zu verſtehen ſei. Es leuchtet ein, daß eine ſolche Annahme nicht nur völlig grundlos, ſondern auch mit allen Regeln der logiſchen Präſumtionen in Widerſpruche wäre. Ganz daſſelbe Verhältniß aber tritt ein in dem Falle unter 3), inſofern die Dispoſitivgeſetze der Staaten ⊙ und ☽ mit einander übereinſtimmen, aber von den Dispoſitivgeſetzen des Staates abweichen, in deſſen Gebiete die Contrahenten beim Contractsabſchluſſe ſich zufällig befinden. Auch hier iſt kein Grund vorhanden, weßhalb ſie die ihnen bekannten Normen bei Seite geſetzt, und ſich anderen ihnen vielleicht gänzlich unbekannten unterworfen haben ſollten. Gar keinen Zweifel bieten die Sachgeſtaltungen unter 2) und 4) für den Fall, daß die Geſetze der Staaten ⊙ und ☽ übereinſtimmen. Es gilt alſo nur, ein Princip aufzufinden, nach welchem zu entſcheiden iſt, wenn Dispoſitivgeſetze dieſer beiden Staaten von einander abweichen. Dieſes ſcheint aber in folgenden Hauptregeln enthalten zu ſein: 1) Sind die Dispoſitivgeſetze der Wohnorte der Contrahenten verſchieden, ſo haben zunächſt diejenigen den Vorzug, welche in dem Lande gelten, wo derjenige wohnt, welcher dem Anderen den Contract angeboten hat. Denn es iſt vernünftige Nothwendigkeit, zu präſumiren, daß ein Anerbieten in dem Sinne angenommen wird, in dem es gemacht worden iſt. Bei den Geſchäften, wo Jemand dem Anderen gegen Geld eine Sache zum Eigenthume oder Gebrauche überläßt, wird im Zweifelsfalle immer der Ueber-

laſſende als Anbieter angeſehen. 2) Wenn dieſe Regeln keine Entſchei-
dung geben, ſo wird im Zweifelsfalle die geringere Verbindlichkeit für
übernommen, oder bei Uebertragungen von Rechten das geringere Recht
als vorbehalten anzuſehen ſein, nach der allgemeinen logiſchen Präſumtion:
in dubiis, quod minimum est, sequimur. Und hier kann auch ſehr
oft der allgemeine für Interpretation der Rechtsgeſchäfte geltende Satz
Wirkſamkeit gewinnen: interpretatio contra eum facienda est, qui
clarius loqui, oder hier überhaupt, qui loqui debuisset. — Jene Re-
geln leiden jedoch bisweilen Ausnahmen, und wie ſie ihrer Natur nach
nichts anderes, als logiſche Präſumtionen ſind, ſo können ſie auch durch
entgegenſtehende Präſumtionen aufgehoben werden, inſofern ſolche durch
anderweite factiſche Umſtände begründet erſcheinen, — mit anderen Wor-
ten: wenn factiſche Umſtände eintreten, deren Würdigung den Richter zu
der Annahme beſtimmt, daß die Parteien ſich den Dispoſitionen eines
anderen Geſetzes unterworfen haben, z. B. dem Geſetze des Ortes, wo
ſie die Uebereinkunft abſchloſſen, oder desjenigen, wo dieſelbe durch eine
zu gewährende Leiſtung erfüllt und vollzogen werden ſollte. Dergleichen
Ausnahmen finden z. B. in folgenden Fällen ſtatt: 1) Bei Käufen auf
Meſſen und Jahrmärkten, und überhaupt, wo im perſönlichen Verkehre
der Kaufleute unter einander, oder des Publicums mit den Kaufleuten
ein Kauf ſogleich vollzogen werden ſoll, wird angenommen, daß auf Maß,
Gewicht und Münze des Ortes gehandelt ſei, wo der Kauf ſtattfindet.
2) Wenn ein dauerndes Verhältniß, z. B. ein Geſellſchaftsvertrag, Miethe
oder Pacht eines Grundſtückes u. ſ. w., zwiſchen den Contrahenten ein-
gegangen worden iſt, welches an einem dritten Orte verwirklicht werden
ſoll, ſo iſt zu präſumiren, daß es im Sinne derſelben gelegen, hinſicht-
lich der nicht ausdrücklich beſtimmten Contractspunkte die Dispoſitivgeſetze
des Landes, wo daſſelbe zu verwirklichen iſt, zur Anwendung zu bringen.
Außer dieſen beiden Ausnahmen können aber auch noch tauſend andere
Umſtände die rechtliche Vermuthung begründen, daß die Parteien etwas
Anderes, als die Dispoſitivgeſetze ihrer Wohnorte beſtimmen, gewollt
haben. Hierüber aber können ſpecielle, erſchöpfende Regeln durchaus
nicht mehr gegeben werden, denn Vollſtändigkeit iſt der Natur der Sache
nach hier gar nicht, oder doch nur dann zu erreichen, wenn man jene
Regeln in Verbindung mit einer Theorie über die Auslegung der Rechts-
geſchäfte überhaupt bringt. Nur der allgemeine Satz iſt hier noch zu
bemerken: Wenn unter Anwendung der oben aufgeſtellten Generalregeln
ſich ergeben ſollte, daß die Bedingungen eines giltigen Geſchäftes entweder
gänzlich oder doch ſo weit hinwegfallen, daß der Richter genöthigt iſt,
anzuerkennen, es werde der eine oder der andere Theil das Geſchäft gar
nicht gemacht haben, wenn er vorausgeſetzt hätte, daß der andere Con-
trahent Bedingungen der Art, wie ſie ſein Landesgeſetz als Präſumtionen
aufſtellt, im Sinne habe, ſo iſt ein Mangel am Conſenſe vorhanden,
folglich der Contract ſelbſt ungiltig.

Nachträglich iſt noch zu erwähnen, daß man ehemals nicht ſowohl
darauf, welchem Staate Jemand als Unterthan unterworfen war, ſondern
darauf, welcher Nation er durch ſeine Geburt angehörte, bei Beurtheilungen

der Colliſion der Geſetze Rückſicht zu nehmen pflegte[25]). Nachdem dieſes Princip der perſönlichen Rechte verſchwunden, und das der Territorialrechte — eben jenes, wo nicht mehr die Abſtammung, ſondern die Staatsangehörigkeit als entſcheidender Punkt angeſehen wurde — an ſeine Stelle getreten war, bildete ſich das ſogenannte Syſtem der statuta personalia, realia und mixta aus. Man nannte früher statuta personalia diejenigen Geſetze, welche über die Perſon — realia, welche über Sachen — mixta, welche über die Form einer Handlung Beſtimmungen enthalten. Hiervon weicht der neuere Sprachgebrauch ab; statuta personalia ſind nach ihm die ſämmtlichen Geſetze, welche am Wohnorte einer Perſon gelten, mögen dieſe nun Perſonen, Sachen oder Formen eines Geſchäftes betreffen; statuta realia, der Inbegriff des Rechtes, welches am Orte gilt, wo eine gewiſſe Sache liegt, und stat. mixta das Recht, welches am Orte gilt, wo eine gewiſſe Handlung vorfiel[26]). Jetzt iſt dieſe ganze Art und Weiſe der Auffaſſung ziemlich verſchwunden, und es fehlt ſogar nicht an Schriftſtellern, welche behaupten (in gewiſſem Sinne nicht ganz mit Unrecht), daß eine genaue Beſtimmung des Unterſchiedes dieſer Statuten geradezu unmöglich ſei. — Bei der in dieſem Aufſatze genommenen Grundanſicht wird auf die verſchiedenen Arten, jene Begriffe aufzufaſſen, nichts ankommen.

Es bedarf nicht erſt der Bemerkung, daß die hier gegebenen Regeln ſämmtlich nur in ſo weit anwendbar ſind und ſein können, als in dem Staate, in welchem ein Rechtsfall, wo Colliſion der Geſetze eintritt, zur Entſcheidung kommt, nicht poſitive Vorſchriften darüber gegeben ſind, welches Geſetz in ſolchem Colliſionsfalle zur Anwendung zu bringen ſei. Und nicht zu leugnen iſt es, daß dieſe beſonderen geſetzlichen Beſtimmungen ſehr häufig ſind, und unter ſich oft ſehr weit von einander abweichen. Hiervon finden ſich viele Beiſpiele angeführt in der oben citirten Schrift von Schäffner: Entwickelung des internationalen Privatrechtes. — Schon wegen dieſer abweichenden Beſtimmungen iſt es eine ganz unerfüllbare Forderung an eine Theorie über die Colliſion der Geſetze, daß durch ſie eine gleichförmige Entſcheidung aller und jeder Rechtsfälle, wo ſie auch immer vor Gericht gebracht werden mögen, vermittelt werden ſolle. Doch würde jene Forderung auch ſchon aus einem anderen allgemeineren Grunde abgelehnt werden müſſen. Es gibt nämlich, wie wir geſehen haben, eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Fällen, welche jeder Staat nothwendig nach dem bei ihm geltenden Rechte zu beurtheilen und zu entſcheiden für berechtigt geachtet werden muß. Iſt es nun der Lage der Sache nach möglich, für einen ſolchen Fall ein forum ſowohl im Lande

---

25) Eichhorn, d. Staats- und Rechtsgeſch. §. 46. v. Savigny, Geſch. des röm. R. im Mittelalter Bd. 1, Ausg. 2, S. 117 flg. Vgl. auch Grimm, d. Rechtsalterth. Bd. 1, S. 397 flg.

26) S. die oben angef. Abhandl. von Wächter, im Arch. für civil. Prax. Bd. 24, S. 256. Noch anders beſtimmt Kierulff, Theorie des Civilr. Bd. 1, S. 75, jene Begriffe. Schäffner, Entwick. des internation. Privatr. §. 31, S. 38.

A., als im Lande B. zu finden, und es weichen die Geſetze dieſer beiden Länder von einander ab, ſo iſt es unvermeidlich, daß der Fall anders in A. entſchieden wird, als er entſchieden worden ſein würde, wenn er in B. zur gerichtlichen Verhandlung kommt. Der hin und wieder aufgeſtellte Grundſatz alſo: forum non mutat ius causae, oder wie man ihn ſonſt etwa ausgedrückt hat, iſt gänzlich unhaltbar.

Schlüßlich iſt noch zu erwähnen, daß im Zweifel, ob ein Geſetz für ein dispoſitives, regulatives oder ordinatives zu halten ſei, die Präſumtion allemal für ſeine Eigenſchaft als dispoſitives — beim Zweifel, ob es regulativ oder ordinativ ſei, für das regulative, und ebenſo beim Zweifel, ob ein Geſetz ein abſolutes oder ein hypothetiſches ſei, für das hypothetiſche ſpricht — alſo immer für die mindere Beſchränkung der Freiheit. Es ſollte freilich dieſer Zweifel gar nicht vorkommen können, weßhalb denn dieſe Regel Manchem ziemlich überflüſſig ſcheinen möchte; allein bei der oft ſehr vernachläſſigten Sprache der Geſetze findet es ſich doch gar häufig, daß nur mit Mühe erkannt werden kann, zu welcher Claſſe ein Geſetz gehört; ja, daß ſelbſt ein Präceptivgeſetz von einem Prohibitivgeſetze nicht gleich auf den erſten Anblick unterſchieden werden kann. Man wird ſpäter auf dieſen Umſtand zurückkommen.

Noch Einiges iſt hinzuzufügen über die Anwendung von Rechtsnormen der barbariſchen Länder in den Gerichten der civiliſirten Staaten. Im Allgemeinen gilt hier der Grundſatz, daß jene Rechtsnormen bei uns gar keine Anwendung finden. Anlangend die Regulativgeſetze, ſo wird die natürliche Rechtsfähigkeit eines Ausländers aus barbariſchen Staaten lediglich nach den Geſetzen des civiliſirten Landes, wo er ſich eben aufhält, beurtheilt. Ein funfzehnjähriger Siameſe gilt bei uns als unmündig, geſetzt auch, daß er in Siam als mündig angeſehen würde. Eine nicht chriſtliche Ehe (wie ſchon oben bemerkt mit Ausnahme der jüdiſchen) wird bei uns in rechtlicher Hinſicht gar nicht als Ehe betrachtet; ja, wenn ſie den Prohibitivgeſetzen unſerer Staaten entgegen iſt, z. B. polygamiſche Ehe, gar nicht einmal geduldet, wenigſtens nicht, inſofern die verbundenen Perſonen ſich wirklich als Eheleute geltend machen wollten. Ebenſowenig finden Standesverhältniſſe barbariſcher Staaten bei uns eine Berückſichtigung, und der Adel jener Staaten gilt bei uns gar nicht. — Bei Streitigkeiten über Vermögensverhältniſſe iſt zu unterſcheiden, ob die ſtreitenden Parteien Bürger eines civiliſirten Staates ſind, oder ob ſie beide einem barbariſchen Staate angehören. Iſt das Letztere der Fall, ſo wird die Sache, wenn das ſtreitige Rechtsverhältniß innerhalb der Grenzen der civiliſirten Staaten entſtanden iſt, ſo beurtheilt, als ob die Intereſſenten Unterthanen des Staates wären, wo es entſtanden iſt, oder unter deſſen beſonderem Schutze ein ſolcher Ausländer ſteht. Hat das Verhältniß aber außerhalb der Grenzen der Civiliſation ſeinen Anfang genommen, ſo wird es nur inſoweit beachtet, als durch daſſelbe eine natürliche Verbindlichkeit entſtanden iſt. Dieſe wird allenthalben realiſirt, jedoch beurtheilt der Staat, vor deſſen Gerichten die Sache zur Sprache kommt, immer nur nach den, bei ihm geltenden Rechtsanſichten darüber, ob eine ſolche Verbindlichkeit vorhanden ſei, und welchen Umfang ſie

habe. Daſſelbe gilt, wenn einer der Contrahenten Bürger eines civiliſirten Staates iſt, und der andere einem nicht civiliſirten Staate angehört. — Geſchäfte, zu welchen eine gewiſſe Form erfordert wird, und welche, wenn ſie von dem Bürger eines civiliſirten Staates in einem anderen civiliſirten Staate gemacht worden ſind, auch dann gelten, wenn die Form dieſes ausländiſchen Staates beobachtet worden iſt, gelten, wenn ſie in einem barbariſchen Staate vollzogen wurden, nur dann, wenn die Form des civiliſirten Staates, nach der ſie eigentlich hätten vollzogen werden ſollen, ſtattgefunden hat. Ein Teſtament in Tombuktu von einem Preußen nach den dort etwa üblichen Formen errichtet (wenn es daſelbſt ſolche gibt), würde in Europa gar keinen Rechtsbeſtand haben, wohl aber hätte es denſelben, wenn in Gemäßheit der in Preußen hinſichtlich der äußeren Formen eines letzten Willens geltenden Geſetze dort teſtirt worden wäre. Ein Inteſtaterbrecht des barbariſchen Auslandes würde bei uns höchſtens ſo weit anerkannt werden, als es mit dem unſrigen übereinſtimmt. — Betreffend die Ordinativgeſetze des barbariſchen Auslandes, ſo werden auch ſie im Allgemeinen gar nicht berückſichtigt. Wenn alſo ein Afrikaner einen anderen in Afrika beſtohlen hat, ſo würden unſere Criminalgerichte, wenn auch der Dieb hierher käme, gar keine Notiz davon nehmen; ebenſo, wenn ein Bürger eines civiliſirten Staates in barbariſchen Ländern irgend eine, bei uns ſtrafbare Handlung an den Bewohnern jener Staaten begangen hätte, — es wäre denn, daß der Thäter ein Geſetz übertreten hätte, das zu jener Claſſe gehört, welche der Unterthan auch im Auslande beobachten ſoll. Auch dürfte vielleicht in Bezug auf diejenigen barbariſchen Staaten, mit welchen die Staaten von chriſtlich-europäiſcher Bildung in regelmäßigem diplomatiſchen Verkehre ſtehen, wie z. B. der Fall iſt bei der Türkei, eine Ausnahme gemacht werden, inſofern die That, worüber jener Staat ſich beſchwert, ein delictum iuris gentium in dem oben angegebenen Sinne iſt. Allein wenn ein indianiſcher Kazike, oder der Häuptling einer mit Wilden bevölkerten Inſel einen europäiſchen Staat requirirte, mit der Unterſuchung und Beſtrafung gegen einen Europäer, welcher dort Verbrechen begangen hätte, zu verfahren, ſo könnte eine ſolche Requiſition nach rechtlichen Grundſätzen wohl keine Beachtung fordern. Ob aber nicht mancher civiliſirte Staat aus etwanigen politiſchen Rückſichten ein anderes Verfahren beobachten würde, iſt eine Frage, deren Beantwortung nicht hierher gehört. Iſt hingegen durch die Handlung der Staat, dem der Thäter angehört, oder ein Bürger deſſelben verletzt worden, ſo wird derſelbe von dieſem Staate, der hierbei nur ſein eigenes Recht ausübt, nach ſeinen eigenen Geſetzen beſtraft; z. B. wenn ein Franzoſe den anderen in Abyſſinien getödtet hätte. Selbſt wenn ein Bürger des civiliſirten Staates A. den Bürger des ebenfalls civiliſirten Staates B. im unciviliſirten Auslande durch ein Verbrechen verletzt hätte, würde der Staat A. gleichſam in Stellvertretung des Staates B. und in Folge der, zwiſchen allen civiliſirten Staaten ſtillſchweigend beſtehenden Verbindung zu Erhaltung der Rechtsordnung, gegen den Thäter mit Unterſuchung und Strafe verfahren können. — Dagegen können dispoſitive Geſetze des barbariſchen Auslandes allerdings, wenn nicht als

Geſetze, doch als factiſche Momente, welche die Auslegung eines Rechtsgeſchäftes beſtimmen, in den Gerichten civiliſirter Staaten Berückſichtigung finden. — Es iſt nicht zu verkennen, daß das Streben, völlig allgemeine Grundſätze für die Lehre von der Colliſion der Geſetze aufzuſtellen, bei den Bearbeitern dieſer Materie oft eine Vermiſchung des ganz verſchiedenen Verhältniſſes der civiliſirten Staaten unter einander, und eben dieſes Verhältniſſes der civiliſirten Staaten gegen das barbariſche Ausland herbeigeführt hat, was eine von den Urſachen iſt, weßhalb Dunkelheit und Verwirrung in der Theorie ſelbſt entſtand.

Geſetzgebungswiſſenſchaft und Geſetzgebungskunſt.

Die Wiſſenſchaft der Geſetzgebung iſt die Wiſſenſchaft von den Regeln, welche beobachtet werden müſſen, um zweckmäßige Geſetze, d. h. ſolche zu entwerfen, welche, wenn ſie in Ausübung gebracht werden, geeignet ſind, den beſonderen Zweck, um welches willen ſie gegeben werden, in Uebereinſtimmung mit dem allgemeinen Staatszwecke zu fördern. Sie beſteht aus zwei Theilen: der Geſetzpolitik und der Theorie der Geſetzgebungskunſt. Geſetzpolitik als Wiſſenſchaft beſchäftigt ſich damit, zu unterſuchen, wie die durch ein Geſetz einzuführende Einrichtung in jedem beſonderen Falle beſchaffen ſein müſſe, um zweckmäßig zu ſein. Dieſe Wiſſenſchaft iſt alſo nur eine beſondere Seite oder Anwendung der inneren Politik, unter der man eben das Syſtem derjenigen Klugheitsregeln verſteht, welche bei Treffung der, auf das innere Staatsleben Bezug habenden Einrichtungen beobachtet werden müſſen. Es iſt jedoch hierbei zu bemerken, daß die Geſetzpolitik es nicht allein iſt, welche den Stoff der Geſetze liefert; vielmehr liegt demſelben ein doppeltes Element zum Grunde, davon das Eine auf der Willkür, d. h. auf der freien Wahl und Beſtimmung des Geſetzgebers beruht, das Andere aber, obgleich nicht minder wirklicher Theil des Geſetzes, ſchon durch die factiſch vorhandenen Zuſtände und Verhältniſſe mit Nothwendigkeit gegeben iſt, und aus dieſen nur entwickelt und dargeſtellt zu werden braucht. Was nämlich das Letztere betrifft, ſo liegt in jedem Zuſtande und Verhältniſſe, in welchem ſich Menſchen unter einander befinden, zugleich die Rechtsnorm, nach welcher ihre Handlungen zu beurtheilen ſind. Sie läßt ſich aus dem Grunde und Zwecke dieſer Zuſtände oder Verhältniſſe, mögen ſie nun von der Natur ſelbſt gegeben ſein, wie das Verhältniß zwiſchen Eltern und Kindern, oder mögen ſie als Ergebniſſe des freien Entſchluſſes der Menſchen erſcheinen, wie die Vertragsverhältniſſe — oder mag Natur und freier Wille gleichen Antheil an ihrer Entſtehung haben, wie bei dem ehelichen Bande, mit ſtrenger Conſequenz entwickeln, indem der Entſtehungsgrund und der Zweck ſolcher Zuſtände und Verhältniſſe mit den höchſten Principien des Rechtes zuſammengehalten (unter dieſelben ſubſumirt) und hieraus geſchloſſen wird, was in dieſem einzelnen Falle Rechtens, und alſo ſo lange auch für geſetzlich zu achten ſei, als nicht durch den Geſammtwillen eine Einrichtung getroffen wird, welche eine Abänderung deſſen bedingt, was außerdem natürlichen Rechtens ſein würde. In dieſem Sinne iſt es wahr, daß der Geſetzgeber das Recht nicht machen,

ſondern nur entwickeln, darſtellen oder ausſprechen könne. — Die Theorie der Geſetzgebungskunſt hingegen zeigt uns, wie wir es anzufangen haben, um dieſem Stoffe der Geſetze, den die Geſetzpolitik und die Rechtsphiloſophie liefert, diejenige innere Form und äußere Darſtellung zu geben, welche das Geſetz haben muß, wenn es zweckmäßig ſein ſoll. Die Fertigkeit, ſämmtliche in einer derartigen Theorie enthaltenen Regeln bei Abfaſſung eines Geſetzes in Anwendung zu bringen, bezeichnet man mit dem Namen „Geſetzgebungskunſt" ſelbſt. Die Geſetzpolitik iſt in allen Werken über innere Politik und Staatsrecht vielfältig beſprochen[27]); viel weniger aber die eigentliche Geſetzgebungskunſt. Beiden ſind folgende Regeln gemeinſchaftlich, welche ſich aus dem ergeben, was oben über das Weſen der Geſetze geſagt worden iſt. I. Man muß, wenn ein Geſetz gegeben werden ſoll, zuvörderſt unterſuchen, ob ſein Gegenſtand von der Art iſt, daß er überhaupt einer geſetzlichen Beſtimmung fähig iſt. Iſt nun das Geſetz ein Ausdruck des Geſammtwillens der Geſellſchaft als eines Ganzen in Bezug auf ihre Theile, — zumal inſofern es beſtimmt iſt, den Unterthanen bei ihren Handlungen als Richtſchnur zu dienen — ſo folgt hieraus, daß der Staat nicht durch Geſetze beſtimmen könne, was nicht Gegenſtand des Geſammtwillens iſt. So kann z. B. der Geſammtwille nicht darüber verfügen, was der Menſch, ſei es in politiſchen, ſei es in religiöſen oder anderen Dingen denken oder glauben, auch nicht darüber, was er lieben oder haſſen, werthſchätzen oder verachten, für ein Glück oder für ein Unglück halten ſoll. Eben ſo wenig ſind Ermahnungen, Belehrungen, Lob oder Tadel und ähnliche Aeußerungen in einem Geſetze an ihrer Stelle, wenigſtens kann ein ſolcher Erlaß nicht als wirkliches Geſetz, ſondern nur als eine Proclamation, als eine, zu einem vielleicht ſehr löblichen, aber doch nicht geſetzgeberiſchen Zwecke an das Volk gehaltene Rede oder erlaſſene Bekanntmachung gelten. II. Iſt auch der Gegenſtand des Geſetzes ein ſolcher, der an ſich in der Sphäre des Geſammtwillens liegt, ſo darf doch das Geſetz weder ungerecht, noch unſittlich ſein. Ungerecht namentlich aber würde es ſein, wenn es entweder die Freiheit der Staatsbürger mehr beſchränkte, als es um des Gemeinwohles willen nöthig iſt, oder wenn durch daſſelbe einzelne Individuen oder Claſſen unverhältnißmäßig begünſtigt oder belaſtet würden. — Unſittlich wäre ein Geſetz, worinnen unſittliche Zwecke, oder auch unſittliche Mittel zu Erreichung wenn auch rechtlicher Zwecke, ſanctionirt würden, z. B. Täuſchungen, Einſchleichen in fremdes Vertrauen, um Geheimniſſe zu erfahren u. ſ. w. III. Wäre auch ein Geſetz weder ungerecht noch unſittlich, ſo darf es doch nicht gegeben werden (beſonders wenn es ein Geſetz im engſten Sinne, ein Gebot oder Verbot iſt), dafern ſeine Geltendmachung und Ausführung ſich inſofern als unmöglich darſtellt, als es unmöglich oder äußerſt ſchwierig iſt, zu entdecken, ob Jemand darwider gehandelt hat. So z. B. wenn man, zumal

27) Statt einer ausführlichen Literatur verweiſt man auf den zweiten Abſchnitt von: Erſch, Literat. der Jurisprud. und Politik, herausgegeben von Koppe. Leipzig 1823.

in einem kleinen Staate verbieten wollte, ausländiſche Stoffe zu Kleidern zu brauchen, da doch Niemand im Stande iſt, zu unterſuchen, ob ein Stück Kattun in dieſer oder in einer drei Meilen weit entfernten ausländiſchen Stadt gewebt iſt. (Noch viel weiter freilich geht eine andere Regel, die jedoch der Geſetzpolitik ausſchließlich angehört: daß man, den Fall der äußerſten Nothwendigkeit ausgenommen, kein Gebot oder Verbot erlaſſen müſſe, wovon man vorausſehen kann, daß es lebhaften Widerſtand im Volke finden werde. Denn entweder muß man dann Gewalt brauchen, um dem Befehle Gehorſam zu verſchaffen, was ſehr ſchlimm iſt, oder man iſt nicht einmal im Stande, das Befohlene mit Gewalt durchzuſetzen, was als ein noch weit größeres Uebel angeſehen werden muß.) IV. Man muß ſich hüten, durch die Geſetzgebung der freien und ſelbſtſtändigen Fortbildung des Rechtes in den Weg zu treten. So begründet dieſe in den neueren Zeiten ſehr häufig an die Geſetzgeber gerichtete Forderung iſt, ſo ſehr bedarf ſie doch einer genauen Beſtimmung und Beſchränkung, wenn ſie nicht mißverſtanden werden, und zu unrichtigen Folgerungen führen ſoll. V. Man muß das, was der Wiſſenſchaft zur Erörterung anheim fällt, nicht zum Gegenſtande der Geſetzgebung machen wollen. — Die vierte und fünfte Regel hängen unter einander ſehr eng zuſammen, und ſind deßhalb auch in Verbindung mit einander zu erörtern, wobei nur zu bemerken iſt, daß die fünfte auch mit der erſten in einem engen Zuſammenhange ſteht.

Das Element der Geſetze iſt, wie ſchon bemerkt worden, ein doppeltes; ein nothwendiges, welches von der Rechtsphiloſophie geliefert wird, und ein willkürliches, welches ein Erzeugniß der Geſetzpolitik iſt. Hinſichtlich des Erſteren iſt das Geſetz nur Ausdruck des Rechtes, hinſichtlich des Letzteren aber Schöpfer deſſelben. Inſofern nun das Recht ſich blos aus der Rechtsphiloſophie, durch Subſumtion des factiſch Vorhandenen unter die allgemeinen Rechtsgrundſätze, entwickelt (wobei theils die natürlichen Verhältniſſe, theils die im Staate durch poſitive Anordnungen eingeführten, alſo auf dem willkürlichen Elemente der Geſetze beruhenden Einrichtungen berückſichtigt werden müſſen), bilden ſich nach und nach ſpecielle Rechtsgrundſätze aus, die ſich, wie dieß natürlich hierbei geſchehen muß, aufs Engſte den vorhandenen factiſchen Verhältniſſen anſchließen, bei dem ewigen Wechſel der Zuſtände im Leben ſich immer neu, und wenigſtens unter der Hand geſchickter Richter immer auf eine, der Vernunft angemeſſene Weiſe geſtalten, und ſomit bewirken, daß niemals das im Staate geltende Recht mit dem, was die verſtändigeren und beſſeren Zeitgenoſſen als Recht anerkennen, in Widerſpruch gerathe. Dieß nennt man die Fortbildung des Rechtes. In gewiſſem Sinne nun würde das poſitive Geſetz wenigſtens dann allemal ein Hinderniß der Fortbildung des Rechtes ſein, wenn es irgend etwas beſtimmte, was möglicher Weiſe auch durch eine wiſſenſchaftliche Erörterung aufgefunden werden könnte, alſo wenn es das philoſophiſche Element der Geſetzgebung ausſpräche, mit einem Worte: wenn es bloßer Ausdruck des Rechtes wäre. Alle Geſetzgebungen müßten ſich dann auf das rein willkürliche Element beſchränken. Dann aber würde freilich eine andere, ſehr fühlbare Unbequemlichkeit

hervortreten. Es würde nämlich die Geſetzgebung in vielen und ſehr wichtigen Materien äußerſt unvollſtändig ſein, und nur aus einzelnen völlig unzuſammenhängenden Sätzen beſtehen. So würde z. B. in dem Rechte der Verträge für das poſitive Geſetz faſt gar nichts übrig bleiben, — das eigentliche Criminalrecht würde faſt blos aus einem Verzeichniſſe der Strafbeſtimmungen beſtehen u. ſ. w. Denn alles Uebrige ließe ſich, wenigſtens unter gewiſſen Vorausſetzungen, aus der Wiſſenſchaft entwickeln. Eine ſolche Geſetzgebung würde aber ihren Zweck nur dann zu erfüllen vermögen, wenn die Menſchen, oder mindeſtens die Rechtsgelehrten über die Sätze der Wiſſenſchaft vollkommen einig wären, ſo daß kein Streit und Zweifel darüber ſtattfände, welche Grundſätze und Anſichten in dieſer oder jener Beziehung die wahren und richtigen ſeien. Allein eine ſolche Uebereinſtimmung findet keineswegs ſtatt, und ſelbſt über die höchſten Principien, z. B. über die letzten Grundlagen des Staatsrechtes, des Strafrechtes, des Kirchenrechtes, ja ſelbſt des bürgerlichen Privatrechtes herrſcht bekanntlich große Meinungsverſchiedenheit. Es iſt alſo für den Geſetzgeber unmöglich, den Richtern und Rechtsgelehrten es allein zu überlaſſen, die Rechtsſätze, nach denen die Handlungen und Geſchäfte der Unterthanen beurtheilt werden ſollen, zu entwickeln und feſtzuſtellen. Vielmehr ſieht er ſich in der Nothwendigkeit, über ſehr Vieles, was an und für ſich allerdings nur Ergebniß wiſſenſchaftlicher Forſchung iſt, diejenige Meinung auszuſprechen, die er im Staate als die richtige angeſehen wiſſen will. Denn außerdem würde an ein gleichförmiges Recht in einem ſolchen Staate nicht zu denken ſein; — der Bürger würde nie darauf rechnen können, daß dieſelbe Angelegenheit morgen eben ſo, wie heute, oder von dem Gerichte B. ebenſo, wie von dem Gerichte A. entſchieden werden würde, und das ganze Recht läge in den Händen der einzelnen Richter, oder allenfalls des Obergerichtes eines Landes — ein Zuſtand, der allerdings in vielen Ländern Jahrhunderte lang ſtattgefunden, den man aber auch allenthalben, und namentlich in Teutſchland als einen höchſt unbequemen und drückenden erkannt hat. Nicht alſo das kann man als ein Eingreifen des Staates in die Sphäre der Wiſſenſchaft, oder als eine Hinderung der Fortbildung des Rechtes tadeln, wenn der Staat dem eben bezeichneten Uebel durch geſetzliche Vorſchriften abzuhelfen ſucht. Deſſenungeachtet iſt nicht zu leugnen, daß hierinnen zu weit gegangen werden kann, und daß eine Art von Geſetzgebung denkbar iſt, durch welche die oben bezeichnete Entwickelung des Rechtes gänzlich unmöglich gemacht wird. Es fragt ſich alſo, wo die Grenzlinie iſt, innerhalb deren der Geſetzgeber ſich halten muß, wenn er die oben angedeuteten Nachtheile der Rechtsungewißheit vermeiden, und doch auch dem Rechtsphiloſophen und Richter den Spielraum nicht verkümmern will, der ihm in Bezug auf Fortbildung des Rechtes um des öffentlichen Beſten willen gelaſſen werden muß. Die Antwort auf dieſe Fragen beſteht in Folgendem: Der Geſetzgeber muß auch über den aus der Rechtsphiloſophie hervorgehenden Satz ſich ausſprechen, ſofern dieſer Satz als Entſcheidungsnorm im Staate angeſehen werden ſoll, dennoch aber unter den Philoſophen und Rechtslehrern ſtreitig iſt. Dagegen braucht er

ihn nicht auszuſprechen, wenn derſelbe entweder keine Entſcheidungsnorm enthält, oder nicht als ſtreitig gelten kann. So würde er z. B. über die Sätze, wodurch das Befugniß des Staates zu ſtrafen, theils in rechtlicher, theils in moraliſch-politiſcher Hinſicht begründet wird, ſich nicht zu erklären haben. Denn wiewohl man über jene Sätze in der Wiſſenſchaft nicht ganz einig iſt, ſo geben ſie doch keine Entſcheidungsnorm ab, obſchon es für den Geſetzgeber ſelbſt von der allerhöchſten Wichtigkeit iſt, daß er ſich über ſie eine feſte Anſicht bildet. Dagegen wird derſelbe ſich nothwendig darüber erklären müſſen, was er als Charakter des Strafbaren angeſehen wiſſen will. Denn dieſer Satz iſt nicht nur ſtreitig, ſondern er enthält auch eine Entſcheidungsnorm, die um ſo wichtiger iſt, weil es ſich als unmöglich darſtellt, alle einzelnen Fälle aufzuzählen, in denen geſtraft werden ſoll. Andererſeits bedarf es keines Geſetzes, daß derjenige, der das Eigenthum des Anderen muthwilliger Weiſe verletzt hat, den Schaden zu erſtatten verbunden ſei. Denn der Satz enthält zwar eine Entſcheidungsnorm, aber er iſt nicht ſtreitig. (Bisweilen iſt es jedoch um des Zuſammenhanges der Rede willen erforderlich, auch ſolche Wahrheiten im Geſetze zu erwähnen). Insbeſondere wird der Geſetzgeber ſich zu hüten haben, daß er nicht Entſcheidungen aufſtellt, in welchen er einzelne Fälle unter die Rechtsprincipien ſubſumirt, d. i. allgemeine Rechtsprincipien auf ſpecielle Fälle anwendet, und dadurch in das Amt des Richters eingreift, oder dieſem gewiſſermaßen vorgreift. Vielmehr wird er ſich begnügen müſſen, den Grundſatz ſelbſt, nach welchem der Richter entſcheiden ſoll, aufzuſtellen, inſofern es nämlich dem oben Geſagten zufolge dieſer Aufſtellung bedarf. Die Anwendung aber muß er dem Richter überlaſſen. Nur bei einer ſolchen, blos das Princip beſtimmenden, der Anwendung auf den einzelnen Fall aber ſich enthaltenden Geſetzgebung bleibt dem Richter die ihm gebührende Freiheit in der Anwendung der Geſetze, welche die nächſte und wichtigſte Bedingung für die Fortbildung des Rechtes iſt. Dieſe Lehre hängt zuſammen mit einer anderen Materie, nämlich mit der Frage, wie weit das richterliche Ermeſſen ſich erſtrecken könne und dürfe, auch wohl ſolle oder müſſe, wenn der Zweck der Gerechtigkeitspflege ſo vollſtändig als möglich erreicht werden ſoll, und welche Schranken ihm zu ſetzen ſind, wenn dieſes Ermeſſen nicht in Willkür ausarten oder doch der Richter ſich das Amt des Geſetzgebers anmaßen ſoll. — Zwei verſchiedene Gegenſtände, die übrigens nicht verwechſelt werden dürfen, kommen hier mit einander in nahe Berührung, nämlich die eigentliche richterliche Beurtheilung, d. i. die Anwendung des Geſetzes auf den Fall, von welchem ſo eben die Rede geweſen iſt, und das richterliche Ermeſſen im engeren und eigentlichen Sinne, wo der Richter die Geſetzgebung gleichſam ergänzt. Einige Bemerkungen über dieß Letztere werden weiter unten Platz finden.

Allgemeine Regeln bei Abfaſſung der Geſetze, welche jedoch nicht der Geſetzpolitik und der Geſetzgebungskunſt gemeinſchaftlich, ſondern der letzteren ausſchließlich angehören, ſind vornehmlich folgende: Jedes Geſetz ſei vollſtändig in ſich, d. h. es erſchöpfe die Materie, für welche es gegeben iſt, dergeſtalt, daß innerhalb dieſes Kreiſes über den Willen des Geſetz-

gebers kein Zweifel mehr übrig bleibt. Dieß iſt allerdings eine der ſchwierigſten Aufgaben, und es fragt ſich, auf welche Weiſe ſie zu löſen ſei? Zwei Wege ſcheint es zu geben, auf welchen jene Vollſtändigkeit erreicht werden kann. Der eine iſt der, daß alle nur irgend erdenkbaren Fälle, welche innerhalb der Sphäre, deren Verhältniſſe durch das Geſetz beſtimmt werden ſollen, vorkommen können, aufgeſucht und bei jedem Einzelnen die erforderlichen Beſtimmungen vom Geſetzgeber ertheilt werden. Der andere iſt der, daß man ſich bei Abfaſſung des Geſetzes, ohne ſich um die Mannigfaltigkeit der einzelnen Fälle zu bekümmern, ein Schema der verſchiedenen Möglichkeiten entwirft, welche innerhalb der durch das Geſetz zu regelnden Verhältniſſe vorkommen können, und mit Berückſichtigung dieſer Möglichkeiten Grundſätze aufſtellt, welche den Geſammtumfang derſelben erſchöpfen. Der erſtere Weg kann nie zu dem erwünſchten Ziele führen, denn nie wird es möglich ſein, ſelbſt für die einfachſten Verhältniſſe des öffentlichen oder Privatlebens alle erdenklichen Fälle in der Phantaſie ſich zu vergegenwärtigen, oder aus der Erfahrung zu ſammeln und zuſammenzuſtellen. Ja, wäre es ſelbſt denkbar, alle jene Verſchiedenheiten, die ſich bereits ereignet haben, in ein vollſtändiges Verzeichniß zuſammenzubringen, ſo gibt es doch überall keine Bürgſchaft dafür, den nicht der Zufall am nächſten Tage eine neue Form erzeuge, die bisher noch niemals dageweſen iſt. Es bleibt alſo nur der zweite Weg übrig, um den vorgeſetzten Zweck zu erreichen. Hierbei wird es hauptſächlich darauf ankommen, eine Methode aufzufinden, welche uns in den Stand ſetzt, die verſchiedenen innerhalb des von einem Geſetze zu ordnenden Kreiſes überhaupt denkbaren Möglichkeiten zu überſehen. — Der gemeinſame Charakter aller Fälle, bei denen eine Thätigkeit des Geſetzgebers eintritt, iſt der, daß ſie ein menſchliches Verhältniß betreffen, für welches zu beſtimmen iſt, was unter gewiſſen Umſtänden entweder von den Unterthanen ſelbſt gethan werden kann und darf, oder ſoll und muß, oder wornach ihre Handlungen beurtheilt werden ſollen, oder was der Staat ſelbſt in Beziehung auf ſie thun will. Mithin wird vor allen Dingen bei Abfaſſung eines Geſetzes dieſes Verhältniß ſelbſt ins Auge zu faſſen, und es werden die einzelnen Momente zu entwickeln ſein, aus denen es beſteht. Die erſte und allgemeinſte Frage alſo, die der Geſetzgeber an ſich ſelbſt zu thun hat, wird die ſein: welches der allgemeine Gegenſtand, und nächſtdem, welches der allgemeine Inhalt des von ihm zu gebenden Geſetzes ſei, — ob es ſich auf den Staat als Perſon oder als Anſtalt, oder auf die Zwecke des Staates als Geſellſchaft — und hier wiederum, ob es ſich auf den Juſtizzweck oder auf den Wohlfahrtszweck beziehe; im letzteren Falle: ob es ein Regierungsgeſetz im engeren Sinne, oder ein (Wohlfahrts- oder Sicherheits-) Polizeigeſetz ſei — ob es die Befugniſſe, Rechte und Verbindlichkeiten der Privatperſonen an ſich betreffen, oder ob es Vorſchriften über die Vollziehung der geſetzlichen Beſtimmungen, über die Verwirklichung der Rechte und die Nöthigung zur Erfüllung dieſer oder jener Verbindlichkeit, ſo weit hierbei die Staatsgewalt thätig iſt, enthalten ſolle — ob es die Abſicht iſt, neue Rechte und Verbindlichkeiten feſtzuſetzen, vielleicht ſelbſt neue Rechtsſubjecte zu erſchaffen,

die außerdem nicht vorhanden geweſen ſein würden, oder nur anderweit ſchon begründete Rechte und Verbindlichkeiten der Privatperſonen zu erweitern, zu beſchränken oder näher zu beſtimmen. Er muß ſich ferner fragen, welchen Umfang das Geſetz haben ſoll, theils hinſichtlich des Perſonenkreiſes, für den es gegeben wird, theils ob es allgemein giltig oder nur für gewiſſe Verhältniſſe und Zuſtände geltend ſein ſolle. — Wenn er hierüber mit ſich im Klaren iſt, ſo wird es ſeine anderweite Sorge ſein, zu unterſuchen, wodurch ſich das Verhältniß, welches er durch das Geſetz regeln will, von anderen menſchlichen Verhältniſſen unterſcheide, und er wird ſich der Gründe dieſes Unterſchiedes ſo klar als möglich bewußt zu werden ſuchen müſſen. Dieß iſt natürlich bei allgemeinen und ſehr umfangreichen Geſetzen ſchwieriger, als bei ſolchen, die ſich nur auf einzelne Zuſtände und Verhältniſſe beziehen, allein es iſt auch bei den Erſteren durchaus nicht zu umgehen. Um aber irgend ein factiſches Verhältniß in ſeiner ganzen Vollſtändigkeit aufzufaſſen, muß man es in diejenigen Elemente zerlegen, aus denen es beſteht, d. h. man muß diejenigen Punkte aufſuchen, durch deren Zuſammentreffen daſſelbe gebildet wird, und ohne welche es entweder gar nicht vorhanden, oder doch ein anderes ſein würde, als es iſt. Man könnte dieſe Elemente die Factoren des Verhältniſſes nennen. Sie ſind mannigfacher Art. Ihre Haupteintheilung iſt die in nothwendige und zufällige. Unter den letzteren iſt vorzüglich der Umſtand von Bedeutung, ob von den Genoſſen einer gewiſſen Zeit und Nation Etwas überhaupt als ein G u t, und insbeſondere als ein nach G e l d abzuſchätzendes Gut angeſehen wird. So kann namentlich Object vermögensrechtlicher Beſtimmungen nur das ſein, was nach Geld geſchätzt werden kann. Nicht zu allen Zeiten, und nicht bei allen Völkern waren die Anſichten hierüber dieſelben. So wird in England und noch in ausgedehnterem Sinne in Amerika die Ehre, in einer gewiſſen Bedeutung dieſes Wortes, als ein nach Geld zu berechnendes Gut angeſehen, was den Sitten und Gewohnheiten der Teutſchen ſchlechterdings widerſpricht. Noch weit unvereinbarer mit unſeren Anſichten iſt es, ein menſchliches Weſen als ein verkäufliches Gut zu betrachten; wogegen andere Völker theils den Sclavenhandel, theils den Kauf und Verkauf der Weiber und Töchter als etwas ganz Natürliches anſehen (vom Weiberverkaufe, wiewohl nur als Form der Eheſcheidung unter den niederen Claſſen, gilt dieß noch heut zu Tage in England). Oeffentliche Aemter, beſonders gewiſſe Gattungen derſelben, waren bei den Römern und ſind noch heute bei manchen Völkern ein Gegenſtand des Verkehrs, bei anderen würde ein derartiger Vertrag für ein Vergehen geachtet werden. Ganz vorzüglich unterſcheidet ſich die neuere Zeit von der älteren in Bezug auf dieſe Anſichten dadurch, daß man in der neueren Zeit die bloße Gelegenheit, Geld zu verdienen, inſofern ſie auf gewiſſe äußere Verhältniſſe gegründet iſt, als ein für ſich beſtehendes, des Verkehrs unter den Menſchen fähiges Gut zu betrachten angefangen hat. Die wichtigſten Beiſpiele hiervon ſind die Firmen der Kaufleute und die kaufmänniſchen Geſchäfte ſelbſt, ganz abgeſehen von den Waaren, die in einem ſolchen Geſchäfte vorhanden ſind; die Kundſchaft eines Kaufmannes

oder Handwerkers (in Frankreich und England ſogar eines Advokaten und Notars, ja ſelbſt bisweilen eines Arztes), das Verlagsrecht eines Buches, die Zeitſchriften u. ſ. w. Alle dieſe Dinge werden verkauft. Ebenſo werden Wein- und Bierſchenken und dergl. verpachtet, wo nicht etwa die Ausübung eines beſonderen, Jemandem vom Staate überlaſſenen Rechtes, ſondern eben nur die Gewohnheit der Menſchen, ſich dort zu verſammeln und Geld zu verzehren, Gegenſtand der Pachtung iſt.

Eine zweite Hauptregel der Geſetzgebungskunſt iſt: Das Geſetz ſei ſo abgefaßt, daß daſſelbe hinſichtlich der Faſſung dem Zwecke angemeſſen iſt, den der Geſetzgeber damit erreichen will. — Es iſt hier nicht die Rede von der Zweckmäßigkeit des Geſetzes hinſichtlich ſeines materiellen Inhaltes, d. i. von der Tauglichkeit der in ihm getroffenen Einrichtung zur Beförderung des öffentlichen Wohles — ſondern nur davon, ob die Vorſchriften, welche das Geſetz ertheilt, dafern ſie befolgt werden, wirklich dasjenige hervorbringen, was der Geſetzgeber unmittelbar beabſichtigt, gleichviel, ob dieß ein paſſendes Mittel zu Erreichung jenes höheren Zweckes aller Geſetzgebung iſt oder nicht.

Ein dritter Grundſatz lautet: Das Geſetz ſei ſo beſchaffen, daß der Richter bei der Anwendung deſſelben auf keine Schwierigkeiten ſtößt. Es muß alſo daſſelbe deutlich, d. h. zuvörderſt, ſo ausgedrückt ſein, daß der Leſer daſſelbe dabei denkt, was der Schreiber dachte. Auch genügt nicht die bloße Möglichkeit, daſſelbe dabei zu denken, ſondern es muß eine Unmöglichkeit ſein, einen anderen Sinn darin zu finden, als den, welchen der Verfaſſer damit hat ausdrücken wollen. Die Sorgfalt des Concipienten eines Geſetzes kann hierinnen nicht groß genug ſein, und muß ſich bis auf die einzelnen Buchſtaben und Unterſcheidungszeichen erſtrecken. So heißt es z. B. §. 28 der Leipziger Wechſelordnung: Wenn ein Wechſel auf gewiſſe Zeit nach Sicht oder auch a vista ausgeſtellt ſei, ſo ſolle das und das geſchehen. — Hier iſt es ein großer Unterſchied, ob man blos nach den Worten: „nach Sicht" oder auch zugleich nach den Worten: „auf gewiſſe Zeit" ein Komma ſetzt, und abermals läßt es eine verſchiedene Deutung zu, wenn man die zwei Worte „nach Sicht" in das Einzige „Nachſicht" zuſammenzieht, wie es wirklich in einigen Ausgaben jenes Geſetzes ſteht. — Daß der Geſetzgeber ſich des gewöhnlichen, nicht etwa eines nur unter gewiſſen Ständen oder in gewiſſen Provinzen üblichen Sprachgebrauches bediene, nicht in gekünſtelten, geſchraubten und beſonders nicht in ſchwerfälligen Perioden ſchreiben müſſe — daß er, wenn er Worte braucht, über deren Bedeutung man nicht allgemein einverſtanden iſt, ſich zu erklären habe, in welchem Sinne er ſie nehme — daß er nicht etwa gar das Geſetz in einer fremden Sprache geben dürfe, verſteht ſich von ſelbſt. Eine Haupturſache der Undeutlichkeit iſt es, wenn Etwas als ein Allgemeingiltiges ausgedrückt iſt, was nur im Beſonderen, oder umgekehrt, als ſpecielle Dispoſition, was allgemein giltig ſein ſoll. Iſt z. B. in einem Geſetze geſagt: „Die Vormünder der Unmündigen ſollen ſich zur Erhebung von Capitalien ihrer Mündel zuvörderſt eine beſondere Autoriſation von der Obrigkeit geben laſſen, und ohne dieſe nicht berechtigt ſein, giltig zu

quittiren", ſo iſt ein ſpecieller Fall bezeichnet, obgleich der Verfaſſer vorausſetzlich einen weit allgemeineren im Sinne hatte, und das Geſagte nicht nur von Vormündern der Unmündigen, ſondern auch von Vormündern der Abweſenden, Wahnſinnigen, erklärten Verſchwender u. ſ. w. verſtanden wiſſen wollte. Verordnet aber ein Geſetzgeber: „Wenn der Vater eines unehelichen Kindes verſtorben iſt, ſo tritt die Verbindlichkeit der Mutter ein, das Kind aus ihren eigenen Mitteln zu erziehen"; ſo findet der umgekehrte Fall ſtatt. Hier hat er nämlich muthmaßlich nur gemeint: „Wenn der Vater eines unehelichen Kindes ohne Vermögen zu hinterlaſſen verſtorben iſt, ſo tritt" u. ſ. w. Denn kaum hat es wohl ſeine Abſicht ſein können, die Erben des vermögenden Vaters von jener Verbindlichkeit zu befreien. Sein Ausdruck deutet alſo hier einen allgemeinen Fall an, aber er hat einen beſonderen im Sinne gehabt.

Es iſt aber zur Deutlichkeit eines Geſetzes nicht hinreichend, daß man ſofort beim Leſen denſelben Sinn mit den Worten verbindet, den der Verfaſſer damit verbunden hat, ſondern es muß auch der Letztere ſelbſt ſich das, was er hat ſagen wollen, deutlich gedacht haben. Hierbei ſind hauptſächlich folgende Vorſichtsmaßregeln wichtig: 1) Der Verfaſſer eines Geſetzes muß ſich die einzelnen Punkte deſſelben ſtets in ihrer Verbindung unter einander vorſtellen, damit er nicht Unnöthiges oder gar Unvereinbares und Widerſprechendes verordne. Eine Hauptveranlaſſung zur Undeutlichkeit dieſer Art iſt es, wenn Mehrere hinter einander an einem Geſetze arbeiten, und Jeder, um ſeinen Scharfſinn zu beweiſen, etwas in daſſelbe hineincorrigirt, ohne doch vollſtändig in die Idee des urſprünglichen Concipienten einzugehen. Bei den Landtagsverhandlungen wird häufiger gegen die obige Regel gefehlt, als man gewöhnlich glaubt. 2) Man muß, wenn man für mehrere ähnliche Verhältniſſe eine gemeinſame Regel aufſtellen will, vorher wohl unterſuchen, ob dieſe Verhältniſſe hinſichtlich des Punktes, den die Regel betrifft, auch wirklich ganz gleichartig ſind. So iſt in der ſächſiſchen Prozeßordnung von 1724, Tit. 18, §. 4, die Verfügung getroffen, daß Altersvormünder die Eide, die ihnen in Sachen ihrer Mündel angetragen werden, nicht zu ſchwören brauchen, ſondern verlangen können, daß der Schwur bis zum 18. Jahre der Mündel aufgeſchoben und es dieſen überlaſſen werde, ob ſie ihn dann leiſten wollen oder nicht. Bei Altersvormündern iſt nun dieſe Dispoſition gar nicht unzweckmäßig; auf einmal aber erſtreckt ſie der Geſetzgeber auf die Vormünder Blödſinniger und abweſender Perſonen. Nun wird ſie allerdings bedenklich und faſt unausführbar. Die Verhältniſſe des Unmündigen und des Blödſinnigen oder des Abweſenden haben nämlich zwar darinnen Aehnlichkeit, daß alle drei Claſſen von Perſonen Vormünder haben; allein zu welcher Zeit der Unmündige ſein achtzehntes Jahr erreichen werde, das weiß man; ob aber der Blödſinnige jemals ſeinen Verſtand wieder bekommen werde, ob der Verſchollene jemals zurückkehren werde, das weiß man nicht. Man kann alſo auch ſeinem Vormunde nicht, wie dem Vormunde des Unmündigen geſtatten, die Eidesleiſtung auszuſetzen, bis dereinſt einmal der Pflegebefohlene den Eid ſelbſt zu

leiſten im Stande ſein wird, ſonſt thut man dem Prozeßgegner ein ſehr großes Unrecht, weil dieſer nun die Geltendmachung ſeines Anſpruches auf eine unbeſtimmte Zeit hinausgeſchoben ſieht. 3) Wenn man Beſtimmungen über das gibt, was in einem gewiſſen Falle geſchehen oder nicht geſchehen ſoll, ſo muß man genau Acht haben, ob der Richter durch dieſe Beſtimmungen auch in den Stand geſetzt iſt, zu erkennen, ob der Fall des Geſetzes wirklich eingetreten, oder auch, ob im einzelnen Falle Alles geſchehen ſei, was das Geſetz verlangt. — In manchen Geſetzen iſt z. B. unter Berückſichtigung der Standesverſchiedenheit beſtimmt, wie viel Jeder im Spiele verlieren darf. Es iſt etwa für ſtrafbar erklärt, wenn ein Edelmann mehr als Einen Thaler, ein vornehmer Bürger mehr als 12 Groſchen, ein Handwerksmann mehr als 4 Groſchen, ein Bauer mehr als 1 Groſchen monatlich im Spiele verliert. Ob nun ein ſolches Geſetz ſo zu verſtehen ſei, daß man Gewinn und Verluſt des ganzen Monates zuſammenrechnen, und nun der Verluſt nach Abzug des Gewinnes nicht mehr als Einen Thaler u. ſ. w. betragen ſoll (wo alſo im Laufe des Monates Jemand ſtraflos 1000 Thaler verſpielen könnte, weil er bis zu Ende des Monates immer noch 999 Thaler wieder gewinnen könnte), oder ob der Verluſt, abgeſehen vom etwaigen Gewinne, ſich nicht über einen Thaler belaufen ſoll, das kann der Richter aus den Worten des Geſetzes nicht entnehmen. Eine ſolche Verordnung würde alſo fehlerhaft abgefaßt ſein. 4) Vielleicht die wichtigſte von allen hierher gehörigen Regeln, wenigſtens diejenige, deren Nichtbeachtung die meiſten Ungewißheiten und Zweifel bei Anwendung der Geſetze herbeiführt, iſt die, daß der Geſetzgeber ſich auf eine ſolche Weiſe ausdrücke, daß man ſogleich erkennt, zu welcher Gattung von Geſetzen ſeine Verordnung gehört. Denn die Wirkung eines Geſetzes iſt ungemein verſchieden, je nachdem man es zu der einen oder zu der anderen Claſſe rechnet. Es ließe ſich dieß von allen verzeichneten Verſchiedenheiten geſetzlicher Verordnungen nachweiſen. Der Kürze halber mögen jedoch nur einige der wichtigeren Beiſpiele hier Platz finden, aus denen zugleich erhellt, wie ſehr der Verfaſſer eines Geſetzes bei der Wahl ſeiner Ausdrücke darauf Rückſicht nehmen muß, welcher Claſſe von Verordnungen diejenige angehört, die er eben unter der Feder hat. — Vor allen Dingen muß erkennbar ſein, ob ein Geſetz eine Vorſchrift des öffentlichen Rechtes, oder eine ſolche enthalte, die zugleich Privatrechte und Verbindlichkeiten erzeugen ſoll. Es hat z. B. Jemand gegen das Zollgeſetz unverzollte Waaren in das Land gebracht, und verkauft ſie nun natürlich wohlfeiler, als andere Kaufleute, die ihre Waare gehörig verzollten. Die Vorräthe der Letzteren ſind deßhalb vielleicht unverkauft geblieben und verdorben. Iſt jenes Zollgeſetz blos eine Vorſchrift des öffentlichen Rechtes, ſo findet natürlich kein Schädenanſpruch von Seiten der anderen Kaufleute gegen den Zolldefraudanten ſtatt. Gehört es aber gleichmäßig dem Privatrechte an, ſo würde auch der Schädenanſpruch ſtattfinden. Noch zweifelhafter wäre der Fall, wenn Jemand das in vielen Ländern exiſtirende Gebot, einem in Lebensgefahr befindlichen Menſchen, wenn es ohne eigene Gefahr geſchehen kann, beizuſtehen, unbefolgt gelaſſen hätte, und deßhalb z. B.

ein Familienvater umgekommen wäre, und nun die Frage entſtünde, ob die Familie des Verunglückten einen Anſpruch gegen den Uebertreter des Geſetzes habe, daß dieſer ihnen, die ihren Verſorger verloren haben, einen Beitrag zu ihrer Ernährung geben ſolle. Ebenſo muß aus der Faſſung des Geſetzes ſelbſt hervorgehen, ob es ein dispoſitives, regulatives oder ordinatives (dieſe Ausdrücke in dem oben angegebenen Sinne genommen) und, wenn ein ordinatives, ob ein Präceptiv- oder Prohibitivgeſetz — ferner in allen Fällen, ob es ein abſolutes oder ein hypothetiſches, ein bedingtes oder ein unbedingtes ſei — namentlich auch, ob gewiſſe Erforderniſſe, die der Geſetzgeber aufſtellt, als Bedingungen der Giltigkeit des Geſchäftes, als Bedingungen, unter welchen eine Strafe eintreten ſoll u. ſ. w., zu achten ſeien, oder ob ſie nur Vorſchriften enthalten, wodurch etwa der Beweis einer Thatſache geſichert werden ſoll. So iſt in manchen Ländern z. B. die Anweſenheit einer gewiſſen Anzahl von Zeugen bei einem Kaufe nicht Bedingung der Giltigkeit des Kaufes, ſondern nur als Mittel zum Beweiſe vorgeſchrieben, und räumt der Gegner das wirkliche Zuſtandekommen des ohne Zeugen abgeſchloſſenen Kaufes ein, ſo beſteht das Geſchäft. Bei einem Privatteſtamente hingegen iſt die Gegenwart beſonders erbetener Zeugen eine Bedingung von ſolcher Wichtigkeit, daß wenn nur ein einziger an der vorgeſchriebenen Zahl gefehlt hat, das Teſtament ungiltig iſt, wenn auch über den Willen des Teſtators nicht der mindeſte Zweifel obwaltete. — Bei den verbietenden oder Prohibitivgeſetzen iſt auf das Sorgfältigſte auszudrücken, ob eine Handlung im Allgemeinen als verboten, und nur vielleicht unter gewiſſen Umſtänden ausnahmsweiſe als erlaubt anzuſehen, oder ob ſie im Allgemeinen erlaubt und nur unter gewiſſen Umſtänden oder gewiſſen Claſſen von Perſonen verboten ſein ſoll. — Bei Regulativ- und Dispoſitivgeſetzen, wie dieß alle civilrechtlichen Geſetze ſind, werden Ausdrücke, welche ein Gebot oder Verbot enthalten, für ſchlechterdings fehlerhaft zu achten ſein.

Auch das iſt von vorzüglicher Wichtigkeit, daß aus den Worten des Geſetzes ſogleich erkennbar ſei, ob es unbeſchränkte Geltung haben ſolle, oder ob es blos für gewiſſe Verhältniſſe und Zuſtände gegeben, oder ob es vielleicht auch hinſichtlich des Perſonenkreiſes beſchränkt ſei, ob es für die Staatsbürger nur im Staatsgebiete, oder auch außerhalb deſſelben gelten ſolle u. ſ. w. — Dieſe Beiſpiele ließen ſich allerdings ſehr vermehren, und wie ſchon bemerkt, durch alle verſchiedenen Claſſen der Geſetze durchführen. Es werden jedoch die hier bemerkten wenigen Fälle hinreichen, um zu zeigen, theils wie wichtig es ſei, daß der Geſetzgeber in dieſer Hinſicht nichts vernachläſſige, theils was er zu thun habe, um ſeinen dießfallſigen Pflichten zu genügen.

Einige ſpecielle Regeln, welche bei Abfaſſung von Geſetzen zu beobachten ſind: 1) Definitionen in einem Geſetze anzubringen, iſt zweckwidrig. Denn das Geſetz iſt nicht vorhanden, um zu belehren, und den Verſtand aufzuklären, ſondern (wenigſtens ſofern es Geſetz im eigentlichen Sinne iſt) Norm für Handlungen oder für die Beurtheilung von Handlungen zu ſein. Deſſen ungeachtet kann ausnahmsweiſe der Fall vorkommen, daß der Geſetzgeber ſich erklären muß,

was er unter dieſem oder jenem Ausdrucke verſteht, nämlich dann, wenn man nicht allgemein über die Bedeutung eines Wortes einverſtanden iſt, der Eine dieß, der Andere jenes darunter verſteht, und es alſo nothwendig wird, daß der Leſer erfahre, was ſich der Geſetzgeber darunter gedacht hat. Aber dieß iſt nur Ausnahme; die Regel bleibt, daß Definitionen vermieden werden müſſen. Am meiſten iſt darüber geſtritten worden, ob in den Criminalgeſetzbüchern die Definitionen der einzelnen Verbrechen aufgenommen werden ſollen. Der Streit würde gar nicht haben vorkommen können, wenn man nicht bisher beinahe ſtets die wohl kaum richtige Anſicht befolgt hätte, in den Criminalgeſetzbüchern nur das zweite Element der Strafgeſetze, die Strafbeſtimmung, aufzunehmen, und das erſte und weſentlichſte, das abſolute Verbot, hinwegzulaſſen, indem man vorausſetzte, daß ſich dieſes von ſelbſt verſtünde, was auch allerdings oft, aber doch nicht immer der Fall iſt. 2) Bei manchen Geſchäften ſind, wie ſchon bemerkt, gewiſſe Formen vorgeſchrieben, deren Beobachtung als Bedingung der Rechtsbeſtändigkeit des Geſchäftes ſelbſt gilt, und die man Solennitäten nennt, z. B. daß gewiſſe Verhandlungen eine Rechtswirkung nur dann hervorbringen, wenn ſie vor Gericht oder auch vor einer anderen Behörde, oder vor Notar und Zeugen, oder doch vor Zeugen, oder auch ſchriftlich vollzogen worden ſind. Großentheils ſind dieſe Solennitäten Ueberbleibſel von alten, längſt verſchwundenen Einrichtungen, wie dieß namentlich der Fall bei den zur Errichtung von Privatteſtamenten nach gemeinem Rechte nöthigen ſieben Zeugen iſt. Eigentlich gibt es für Beibehaltung und ebenſo für die neue Einführung ſolcher Solennitäten nur einen oder höchſtens zwei vernünftige Gründe. Der hauptſächlichſte iſt, daß diejenigen, welche das Geſchäft vollziehen, durch die Nothwendigkeit, jene Solennitäten zu beobachten, genöthigt oder wenigſtens erinnert werden, das Geſchäft ſelbſt genauer zu überlegen, um ſich vor Uebereilungen zu hüten. Ein zweiter Grund, beſonders wo die ſchriftliche Erklärung zur Rechtsbeſtändigkeit eines Geſchäftes erfordert wird, iſt, daß ſofort eine klare Beſcheinigung deſſen, was die Parteien verhandelt haben, vorliege, und es keines weitläufigen, koſtſpieligen und vielleicht zweifelhaften Beweiſes bedürfe. Außer dieſen beiden Fällen die Giltigkeit eines Rechtsgeſchäftes an Solennitäten zu knüpfen, iſt ſtets bedenklich. Wenn aber auch der letzte dieſer Gründe wirklich eintritt, ſo muß doch die Förmlichkeit, ſoll ſie als Solennität, als Bedingung der Giltigkeit des Geſchäftes gelten, ausdrücklich als ſolche bezeichnet werden. Denn an und für ſich, und wenn die Förmlichkeit blos um des Beweiſes willen vorgeſchrieben iſt, bleibt, auch wenn ſie nicht beachtet worden iſt, dennoch das Geſchäft giltig, dafern ſein Inhalt ohne Beweis ſchon gewiß iſt, z. B. wenn ihn der andere Theil zugeſteht. 3) Der Geſetzgeber verſuche nicht durch geſetzliche Beſtimmungen feſtzuſetzen, was nur durch richterliches Ermeſſen beſtimmt werden kann, und überlaſſe nicht dem richterlichen Ermeſſen, was ſeiner Natur nach der Feſtſtellung durch den Ausſpruch des Geſetzgebers bedarf. Was ſich im Allgemeinen beſtimmen läßt, namentlich das Rechtsprincip, darf nie in das Ermeſſen des Richters geſtellt — nie darf es dieſem überlaſſen bleiben, z. B. zu beſtim-

men: ob dieſer oder jener Claſſe von Forderungen im Concurſe ein Vorzug vor der anderen gebühre, ob eine weder durch ein ausdrückliches Verbot unterſagte, noch nach allgemeinen Grundſätzen für unterſagt zu achtende Handlung für ſtrafbar erklärt werden ſolle u. ſ. w. — Dagegen muß es dem Richter ſtets überlaſſen ſein, dasjenige für den ſpeciellen Fall zu beſtimmen, was nur in Bezug auf dieſen beſtimmt werden kann, und wofür ſich im Allgemeinen keine Beſtimmung geben läßt. Er wird alſo nicht etwa nur die allgemeinen Grundſätze auf den Einzelfall anzuwenden haben (wovon ſchon oben die Rede geweſen iſt), ſondern es kommt ihm außerdem noch zu, diejenigen Größen zu beſtimmen, für welche, weil ſie aus zu vielfachen und allzuſehr dem Zufall und dem Wechſel unterworfenen Factoren gebildet worden, keine Formel der Berechnung, ſondern nur ein Princip der Abſchätzung aufgeſtellt werden kann. Dahin gehören z. B. die Wichtigkeit eines Verdachtsgrundes, der Betrag deſſen, was ein Menſch zu ſeiner Ernährung braucht, die Größe einer willkürlichen Strafe, die Zeit, die Jemandem zu Vollendung einer Leiſtung zu geſtatten iſt u. dergl. Dieß, — dieſe Abſchätzung ſolcher ihrer Natur nach nicht genau zu berechnenden, ſondern eben nur einer Abſchätzung fähigen Größen in den Rechtsverhältniſſen — iſt das wahre Feld des richterlichen Ermeſſens im eigentlichen Sinne. Damit dieſes Ermeſſen aber nicht in Willkür ausarte, muß der Geſetzgeber dem Richter die Grundſätze vorſchreiben, nach denen dieſer für den ſpeciellen Fall eine derartige Größe zu beſtimmen hat. Das richterliche Ermeſſen und die Beurtheilung, ob und in welcher Maße ein Geſetz überhaupt auf den Fall angewendet werden könne, ſind alſo, wie ſchon oben bemerkt, nicht mit einander zu verwechſeln, obgleich ein ungenauer Sprachgebrauch beide oft mit einem und demſelben Namen bezeichnet. 4) Sehr oft wird der Geſetzgeber durch irgend einen ſpeciellen Fall veranlaßt, eine geſetzliche Verordnung ergehen zu laſſen. Hierin liegt an ſich nichts Tadelnswerthes; wohl aber muß er ſich ſehr in Acht nehmen, daß er ſich nicht durch die Beſonderheiten eines ſolchen Einzelfalles verleiten läßt, auch das Geſetz nur mit Berückſichtigung jener Beſonderheiten abzufaſſen, wodurch es gewöhnlich unbrauchbar wird. 5) Wenn ein Geſetz in irgend einer ſpeciellen Materie gegeben, oder ein älteres Geſetz abgeändert wird, ſo muß man ſich ſorgfältig bemühen, die neuen Beſtimmungen ſo einzurichten, daß ſie nicht etwa mit anderen geſetzlich noch feſtſtehenden Rechtsſätzen in Widerſpruch kommen. Freilich iſt, um ſolchen Widerſpruch zu vermeiden, vor allen Dingen eine umfaſſende Kenntniß des beſtehenden Rechtes nöthig; nützlich aber iſt es bei dergleichen ſpeciellen Geſetzen, alle Ausdrücke zu vermeiden, welche den darinnen ausgeſprochenen Principien das Anſehen geben können, als ob ſie allgemeine Geltung auch über den Kreis des Geſetzes hinaus haben ſollen. 6) Nächſtdem muß man bei ſpeciellen Geſetzen, vorzüglich, wenn ſie für gewiſſe beſondere Zuſtände der Menſchen beſtimmt ſind, — z. B. bei Geſetzen für die Studenten auf einer Univerſität — ſtets von der Anſicht ausgehen, ſie als Ausnahmen von dem allgemeinen Rechte zu betrachten; außerdem hat man weder eine feſte Grundlage für ſeine Dispoſitionen, noch einen Maßſtab, wie weit man

in der Aufſtellung der Rechtsſätze vom Beſonderen auf das Allgemeine zurückgehen ſoll. 7) Die Anwendung der Geſetze wird ungemein erſchwert, wenn man neue Geſetze gibt, und ältere über denſelben Gegenſtand daneben theilweiſe fortbeſtehen läßt, alſo ein kurzes Geſetz etwa mit den Worten ſchließt: „Inſoweit die hier gegebenen Verordnungen und die daraus ſich ergebenden Folgerungen mit dem Inhalte der nachverzeichneten früheren zwölf Geſetze unvereinbar ſind, werden die Letzteren hiermit aufgehoben, im Uebrigen aber behalten ſie ihre Geltung." Weit beſſer thut man, wenn man die ganze Materie in ein neues Geſetz zuſammenfaßt, und die früheren Verordnungen gänzlich aufhebt. Günther.

Geſinde, Miethgeſinde, Dienſtgeſinde, Dienſtboten, Domeſtiquen (in der feinern Umgangsſprache: Dienerſchaft, veraltet: Brödlinge, provinciell, z. B. in manchen Theilen Bayerns: Ehehalten, im mittelalterlichen Latein: Gasindi, Valeti[1]) diejenige Hausdienerſchaft, welche ſich zu geringeren häuslichen Dienſten durch den Dienſtcontract verbindlich gemacht hat. Hausdienerſchaft in der weiteſten Bedeutung begreift nämlich die Perſonen der häuslichen Geſellſchaft, welche ſich bei einer Hausherrſchaft, vermöge des Dienſtcontractes, auf eine entweder ſofort beſtimmte oder von der Aufkündigung abhängige Zeit gegen Lohn und Koſt, zu gewiſſen häuslichen auch feldwirthſchaftlichen Geſchäften vermiethet haben. Je nachdem dieſe Geſchäfte eine höhere, geiſtige, namentlich wiſſenſchaftliche Bildung erheiſchen, oder nicht, pflegt man dieſe Mitglieder der Dienerſchaft Hausofficianten, Hausgenoſſen, zu nennen, z. B. Privatſecretärs, Hofmeiſter, Verwalter, Gouvernanten u. ſ. w., oder Geſinde[2]). Wenn auch, vorzüglich im Intereſſe der Hausofficianten, die Begründung dieſer Eintheilung mehr auf die Qualität der zu leiſtenden Dienſte, als auf die Aufnahme in Koſt und Lohn und auf den Eintritt in den äußeren Familienverband, getadelt worden iſt[3]), ſo entſpricht ſie doch der Erfahrung, und ſchwer würden dieſe vorgeſchlagenen Theilungsgründe überall anwendbar ſein, da die Verhältniſſe der Hausofficianten in den verſchiedenen häuslichen Krei-

---

1) Die Literatur, ſo weit nicht bei einzelnen Materien die Schriften nachſtehend angeführt ſind, bietet uns vorzüglich Folgendes dar: Ludovici, de iure et iurisprudentia domestica. Hal. 1703. Bechmann, de iure famulorum. Boeckelmann, de iure famulorum. Scheffer, de iure famulorum. Tub. 1730. Stryk, de iure domesticorum. Harprecht, de iure domesticorum. Ahasv. Fritsch, famulus peccans. Dorn, Verſuch einer ausführlichen Abhandlung des Geſinderechtes. Erlangen 1794. (dieſe letzte Schrift bis jetzt unter allen die vorzüglichſte, obgleich nunmehr in vieler Hinſicht veraltet). Krünitz, das Geſindeweſen nach Grundſätzen der Oeconomie und Polizei. Berlin 1799.

2) Die zu jeder dieſer beiden Arten gehörigen Perſonen verſucht ſpeciell aufzuführen: Fiſcher, im Lehrbegriff ſämmtlicher Cameral- und Polizeirechte Bd. 1, §. 1323 und 1324. Vgl. auch Hagemann, Handbuch des Landwirthſchaftsrechtes §. 58. Glück, Pandektencommentar Th. 2, §. 121, S. 154.

3) Vorzüglich von v. Oppen, in den Beiträgen zur Reviſion der Geſetze (Köln 1833), Nr. 4, Geſinderecht.

ſen allzu verſchieden geſtellt ſind. Unbemerkt kann aber nicht bleiben, daß allerdings häufig die Hausofficianten nicht in der Koſt der Herrſchaft ſind. Es werden auch, inwiefern nicht die höhere Bildung der betheiligten Perſonen durch ſich ſelbſt hier und da eine billige Berückſichtigung in Anſpruch nimmt, beide Arten der Hausdienerſchaft gemeinrechtlich nach denſelben Principien beurtheilt. Das Geſinde pflegt übrigens, je nachdem es zu häuslichen oder landwirthſchaftlichen Arbeiten verwendet wird, als Haus- oder Hofgeſinde bezeichnet zu werden. Dieſer letzte Ausdruck in der Bedeutung von „Dienerſchaft eines fürſtlichen Hofes" iſt veraltet. Das Wort „Geſinde" ſelbſt verdankt ſeinen Urſprung unſtreitig dem oben erwähnten mittelalterlichen Gasindi und wird irrig von „geſendet" abgeleitet [4]).

Bei den Römern war der Stand der Dienſtboten, als freier Menſchen, ganz unbekannt; die dieſen bei uns obliegenden Geſchäfte verrichteten Sclaven. Nur mit großer Vorſicht können daher die römiſchen Geſetze auf die teutſchen Verhältniſſe angewendet werden [5]). Dagegen war bei den rohen Germanen, wo ein förmliches Hausweſen noch nicht ſtattfand, in den früheſten Zeiten von keinem Dienſtverhältniſſe zu Beſorgung der häuslichen Geſchäfte die Rede. Sobald ſie aber durch die Bekanntſchaft mit anderen Völkern, namentlich mit den Römern, mehrere Bedürfniſſe hatten kennen lernen, bildete ſich bei ihnen für häusliche und wirthſchaftliche Dienſte das Leibeigenſchaftsverhältniß aus, das jedoch immer mehr verſchwand, je mehr die Städte emporkamen und man die auf dem Lande von Leibeigenen bis dahin gefertigten Gegenſtände von der ſtädtiſchen Induſtrie wohlfeiler und beſſer beziehen konnte. So entſtand als eine mildere Geſtalt des Leibeigenſchaftsweſens der Zwangdienſt (ſ. den Art. Frohnen und Dienſte [6]) Bd. 4, S. 405) und mit ihm das Geſindeweſen ſelbſt [7]).

Das Geſindeverhältniß in Teutſchland wird nach ſeiner jetzigen Stellung durch eine eigene Art von Vertrag begründet, der in der Hauptſache der römiſchen locatio conductio operarum entſpricht. Dadurch aber, daß das Geſinde noch bis jetzt — der Zeitgeiſt mäkelt offenbar auch an dieſem Verhältniſſe — zur Familie ſelbſt mitgerechnet, namentlich eine gewiſſe Unterwürfigkeit des Geſindes unter die Herrſchaft und darum eine gewiſſe ſtrengere Disciplin gefordert wird, dann durch den Einfluß des Dienſtbotenverhältniſſes auf die Familie ſelbſt

---

4) Z. B. von Krug, im encyklopädiſch-philoſophiſchen Lexikon u. d. W. Geſinde. Du Fresne, in ſeinem Glossarium, unter dem Worte Gasindus, erwähnt mehrere Etymologien, die nur beweiſen, daß man nichts Gewiſſes darüber weiß. Zuerſt kommt danach das Wort in einem longobardiſchen Geſetze vor, und die wahrſcheinlichſte Ableitung bleibt die von dem alten ſächſiſchen Worte hinde (famulus) und case (casa, domus) — Hausdiener.

5) Runde, Grundſätze des gemeinen teutſchen Privatrechtes §. 200. Danz, Handbuch dazu Bd. 2, S. 251.

6) Die Behandlung des Geſindedienſtzwanges iſt daher von dieſem Artikel ausgeſchloſſen.

7) Hagemann a. a. O.

und auf die Landescultur, nimmt jenes Verhältniß eine Menge polizeilicher Rückſichten in Anſpruch, welche particularrechtlich mehr oder minder das Geſinderecht ſelbſt modificiren[8]). So entſtand ein Schwanken in der neueſten Geſetzgebung zwiſchen zwei Extremen [9]). Das Eine, das Leibeigenſchaftsverhältniß vor Augen habend, ſetzte, beſonders rückſichtlich des Zwangdienſtes auf dem Lande, das Geſinde in eine allzugroße Abhängigkeit von der Herrſchaft. Das Andere, das, namentlich in Frankreich, Nordamerika und, von Erſterem ausgehend, in den teutſchen Rheinprovinzen, jene teutſche Abhängigkeit des Geſindes von der Familie ganz umging, ſtempelte lediglich den Miethcontract zur Norm für das ganze Verhältniß [10]). Nur ein Amalgamiren beider Verhältniſſe, wie ſolches in Particulargeſetzen und Ortsgewohnheiten ſich häufig in Teutſchland eingerichtet hat, kann den richtigen Zuſtand bilden, obgleich ſich dadurch, bei den ſo abweichenden Beſtimmungen der einzelnen Statuten, allgemeine germaniſche Rechtsgrundſätze nicht aufſtellen laſſen [11]), ein ausreichendes gemeines Recht ſich nicht bilden konnte, dieſes daher nur wenige Ausbeute gibt. Vielmehr wird da, wo eine umfaſſende Geſinderechtsgeſetzgebung mangelt, neben dem gemeinen Rechte die Berückſichtigung der Ortsgewohnheiten und Particularpolizeigeſetze [12]) ſtets nothwendig [13]).

Gründet nun in der Hauptſache ſich das Geſindeverhältniß auf den Dienſtcontract, ſo iſt es die Dispoſitionsfähigkeit des Einzelnen über ſeine Perſon und Kräfte, durch welche auch die Eingehung eines ſolchen Miethvertrages bedingt iſt. Als Geſinde können ſich daher in elterlicher Gewalt befindliche Kinder nur mit Zuſtimmung des Vaters, bezüglich der Mutter, minderjährige Waiſen, überhaupt unter Vormundſchaft ſtehende Perſonen nur mit Genehmigung des Vormundes, Eheweiber nur unter Beitritt ihrer Ehemänner, in Gegenden, wo der Geſindezwang beſteht, die Kinder der Unterthanen nur mit Erlaubniß des Grundherrn vermiethen[14]). Eine beſondere Form iſt zu Abſchließung

---

8) Mittermaier, Grundſätze des teutſchen Privatrechtes §. 294. Schweppe, das römiſche Privatrecht Bd. 3, §. 472.

9) Weidtel, Unterſuchungen über einige Grundlagen der Strafgeſetzgebung (Leipzig 1840), S. 251.

10) Sehr gut iſt dieß herausgeſetzt in der Recenſion über die oben Note 3, S. 768 erwähnte Oppen'ſche Schrift in der Halle'ſchen allgemeinen Literaturzeitung 1836, Ergänzungsbl. Nr. 13, S. 100 flg.

11) Danz a. a. O. S. 252.

12) Solcher älteren Polizeigeſetze ſind viele bei Fiſcher a. a. O. §. 1321 u. 1322 aufgeführt. Mehrere neuere Schriften darüber ſind verzeichnet in Erſch, Literatur der Jurisprudenz und Politik, fortgeſ. von Koppe (Leipzig 1823), S. 288, Nr. 2655—2661 u. S. 543 flg., Nr. 1725—1734, welchen nur die Abhandlung IV. in Martin, Jahrbücher der Geſetzgebung und Rechtspflege in Sachſen Jahrg. 1 (Neuſtadt a. d. O. 1829), S. 28 flg., beizufügen iſt. Neuerlich iſt der Gegenſtand öfter gelegentlich in Schriften über Pauperismus, Staatswohlfahrt u. ſ. w. beſprochen worden, z. B. in Bodz-Reymond, Staatsweſen und Menſchenbildung umfaſſende Betrachtungen Bd. 2. Berlin 1837.

13) Hagemann a. a. O. §. 59. Glück u. Runde a. a. O.

14) Hagemann a. a. O. §. 60. Fiſcher a. a. O. §. 1325.

des Vertrages nicht erforderlich; doch wird er mit Hausofficianten, häufig in Form einer Inſtruction für dieſe, ſchriftlich[15]), mit Haus- und Hofgeſinde in der Regel mündlich abgeſchloſſen. Auch iſt an manchen Orten die Giltigkeit des Miethvertrages mit Geſinde von der Verabreichung einer arrha (ſ. den Art. Bd. 1, S. 459), hier Dienſt-, Haft- oder Miethgeld, Miethpfennig genannt, von Seiten des Herrn an den Dienſtboten[16]), abhängig. Größerntheils aber wird das Miethgeld nicht auf den nachmals zu zahlenden Lohn angerechnet, ſondern als ein beſonderes Gratial angeſehen, muß auch an einigen Orten bei Fortſetzung des bereits beſtehenden Miethcontractes jährlich wieder gegeben werden, an anderen Orten blos bei Miethung eines neuen Dienſtboten. Die Eingehung des Dienſtvertrages erfolgt nämlich ausdrücklich oder ſtillſchweigend, das Letztere beſonders dann bei Fortſetzung des Dienſtvertrages, wenn der Dienſtbote nach Beendigung der früheren Dienſtzeit im Dienſte verbleibt[17]). Außerdem endigt der Dienſt, ohne daß es einer beſonderen Aufkündigung bedarf, mit Ablauf der durch Vertrag oder nach beſtehender Ortsgewohnheit beſtimmten Dienſtzeit[18]). Auch kann ſich in dieſem Falle der Dienſtbote, ohne ſeinem Dienſtherrn etwas zu ſagen, und ohne daß dieſem die römiſche actio de servo corrupto dießfalls zuſteht[19]), für die Zeit nach Beendigung ſeines dermaligen Dienſtes weiter vermiethen[20]). Doch beſtimmen oft Ortsgebräuche oder Ortsgeſetze ausdrückliche Aufkündigung und ausdrückliche Miethcontractserneuerung. Hat der Dienſtbote ſich an mehrere Herrſchaften zugleich vermiethet, ſo geht diejenige vor, mit welcher er den Contract zuerſt abgeſchloſſen hat[21]).

Durch den Dienſtvertrag erhält, wenn nicht ein anderes darin bedungen iſt, das Geſinde die Verpflichtung, alle häuslichen und, iſt das Geſinde in eine Feldwirthſchaft gemiethet, alle zur Feld-, Wieſen- und Holzwirthſchaft gehörigen, erlaubten Geſchäfte, nach Anordnung der Herrſchaft, — Hausofficianten haben dieß nicht, außer im höchſten Nothfalle zu thun[22]) — mit Fleiß und Aufmerkſamkeit zu verrichten und der Herrſchaft in allen erlaubten Sachen Gehorſam und Achtung zu beweiſen. Inſonderheit iſt daſſelbe zur Treue gegen die Herrſchaft verpflichtet und muß daher jeden Schaden von Letzterer abzuwenden ſuchen[23]). (Wegen des, unter dem Hausdiebſtahle begriffenen Geſindediebſtahles ſ. den Art. Diebſtahl Bd. 3, S. 423.) Den von dem

---

15) Fiſcher a. a. O. §. 1351.

16) Hagemann a. a. O. §. 59. Fiſcher a. a. O. §. 1323.

17) Hagemann a. a. O. §. 60. Mevii decisiones P. II. dec. 381.

18) Mevius in cit. dec. 381.

19) Leyser, meditationes ad P. Vol. II. spec. 124. med. 8. gegen Mevius l. c. P. II. decis. 385. und Stryk, us. mod. π. Lib. XI. Tit. 3. §. 6.

20) Mevius l. c. P. II. decis. 381 u. 379. P. IV. dec. 384. nr. 2. 3 u. 4.

21) Hagemann a. a. O.

22) Fiſcher a. a. O. §. 1351.

23) Fiſcher a. a. O. §. 1337. Hagemann a. a. O. Glück a. a. O. Bd. 2, §. 121, S. 155, 156.

Geſinde ſelbſt angerichteten Schaden muß es, wenn der Schade von ihm aus Vorſatz, grober oder mäßiger Schuld (culpa levis et lata) verurſacht wurde, der Herrſchaft erſetzen. Geringe Verſehen (culpa levissima) gewährt es nur dann, wenn es gegen den Befehl der Herrſchaft gehandelt oder ohne Auftrag ihm nicht obliegende Geſchäfte beſorgt, oder ſich zu Arbeiten, welche einen vorzüglichen Grad von Aufmerkſamkeit erfordern, ausdrücklich vermiethet hat[24]). Indeß wird hierbei wegen der vorwaltenden häuslichen Verbindung gewöhnlich durch die Billigkeit die Strenge des Rechtes gemildert[25]).

Die Dienſtherrſchaft hingegen wird durch den Dienſtvertrag verbindlich,

1) dem Geſinde Koſt und Lohn, je nachdem ſie verabredet ſind, oder Erſtere nach Ortsgewohnheit und zwar, wenn die Koſt in natura bedungen iſt, dieſelbe in den am Orte des Dienſtes für Geſinde üblichen Speiſen, bis zur Sättigung, wenn Koſtgeld ſtatt ihrer ausgemacht iſt, dieſes nebſt dem Lohne, den etwa verſprochenen Geſchenken und, wenn dem Geſinde Kleidung zugeſagt wurde, welches vorzüglich bei Livreebedienten geſchieht, auch ſolche prompt zu den beſtimmten Zeiten zu verabreichen[26]). Ob die Herrſchaft Weihnachts-, Neujahrs-, Meß- oder Jahrmarktsgeſchenke zu geben ſchuldig ſei, wenn ſolches nicht verabredet iſt, dieß kann nur dann ſtreitig werden, wenn an einem Orte dergleichen Geſchenke in der Regel gewöhnlich ſind, wo dann die Entſcheidung darnach zu geben iſt, ob ausdrückliche oder ungeſchriebene Geſetze eine ſolche Liberalität zur Zwangspflicht gemacht haben[27]). Keinen Falles aber kann gemeinrechtlich — Particularrechte ändern dieß häufig — der Dienſtbote, der vor dem Eintritte der erwähnten Tage den Dienſt verläßt, jene Geſchenke ganz oder theilweiſe verlangen, da ſie nicht eher, als mit dieſen Tagen fällig ſind. Der bedungene Lohn ſammt Koſt müſſen, wenn der Dienſtherr ſtirbt, auf die bedungene Zeit von deſſen Erben gemeinrechtlich[28]) — das Sachſenrecht[29]) und mehrere andere Particularrechte machen hier eine Ausnahme — den Dienſtboten gewährt werden, vorausgeſetzt, daß nicht die Lage des Dienſtherrn von der Art war, daß der Dienſtbote bei Schließung des Dienſtcontractes von der Anſicht der Endigung deſſelben ſogleich mit dem Todesfalle ausging. Stirbt aber der Dienſtbote vor Beendigung ſeines Dienſtes, ſo hört, da er die Dienſte nicht mehr leiſten kann, der Lohn dafür auch mit dem Tage des Todes auf. Sehr ſtreitig iſt von jeher die Frage geweſen, ob ein Dienſtbote, der durch Krankheit an Erfüllung ſeiner Dienſtpflichten

24) Glück u. Hagemann a. a. O. Strube, rechtliche Bedenken, Spangenberg's Ausg. Bd. 2, Bed. 457 (III, 61).

25) Dorn a. a. O.

26) Fiſcher a. a. O. §. 1341. Hagemann a. a. O. Glück a. a. O. S. 158.

27) Hagemann a. a. O.

28) §. 6. J. de locatione et conductione. (3. 25.) L. 10. C. de locato et conducto. (4. 53.)

29) Sächſ. Landrecht Buch 1, Art. 22.

gehindert wird, dennoch, wie mehrere, beſonders ältere Schriftſteller[30]) behaupten, alle ſeine Dienſtemolumente fortzubeziehen berechtigt ſei, oder ob dieſe mit der Unfähigkeit des Dienſtboten zu Dienſtleiſtungen aufhören? Die für erſtgedachte Meinung angeführten hauptſächlichſten Gründe, die Billigkeitsgründe, ſind keine Rechtsgründe, und die Unanwendbarkeit der von den unten genannten Schriftſtellern angeführten römiſchen Geſetze iſt umſtändlich und ganz klar ſchon von Strube[31]) nachgewieſen worden. Daher hören aus ſelbſtredenden Gründen unſtreitig die für die Dienſtverrichtungen zugeſicherten Dienſtemolumente mit der Fähigkeit den Dienſt zu verſehen auf. Die einzige Modification findet nach der Rechtsanalogie[32]) ſtatt, daß, bei kurzen Verhinderungen durch Krankheit, ein Abzug am Lohne nicht gut geheißen werden kann[33]). Von ſelbſt verſteht es ſich aber, daß, wenn die Krankheit durch den Dienſt herbeigeführt wurde, der Dienſtherr die Cur- und Verpflegungskoſten tragen muß[34]). Dagegen iſt öfter vom Dienſtgeſinde eine beſondere Vergütung für außerordentliche Dienſte bei Krankheitsfällen der Dienſtherrſchaft in Anſpruch genommen worden[35]), — ein Anſpruch, der, aus in der Natur der Sache liegenden Gründen, nur dann zu rechtfertigen iſt, wenn die geleiſteten Dienſte blos vermöge beſonderer Kunſtfertigkeiten, für welche der Dienſtbote nicht gemiethet war, geleiſtet werden konnten, oder wenn der Dienſtbote nur zu gewiſſen Verrichtungen angenommen war, unter denen die geleiſteten Dienſte in keinem Wege begriffen ſind, nicht wenn ſeine Geſchäfte in unbeſtimmten häuslichen Arbeiten beſtehen. Daß dem Geſinde Lohn gebührt, ſelbſt wenn er nicht ausdrücklich bedungen wurde, dieß iſt da unſtreitig, wo durch Geſetz oder Obſervanz, wie beſonders bei Zwangsgeſinde, ein gewiſſer Lohn allgemein angenommen iſt. Streitiger wird es da, wo ein ſolches Verhältniß nicht obwaltet, da nach römiſchem Rechte eine Klage dafür nicht gegeben iſt und die teutſchen Sprüchwörter: Wer auf Gnade dient, muß der Gnade warten, und: Wer auf Gnade dient, ſoll mit Barmherzigkeit belohnt werden[36]), dem Gegentheile das Wort reden. Da indeß das Geſinde nur für ſolche Arbeiten beſtimmt iſt, deren Lei-

---

30) Unter mehreren anderen vorzüglich Hommel, rhapsod. quaest. obs. 332. Leyser l. c. Vol. II. spec. 212. med. 5. Walch, introductio in controversias iuris civilis, Sect. III. cap. 4. memb. 4. subsect. II. §. 4. Kind, quaestiones forenses Tom. II. cap. XXII.

31) A. a. O. Bed. 416 (III, 69). Theils vor, theils nach ihm aber ſtimmen vorzüglich mit ihm überein: Lauterbach, collegium theoretico-practicum Lib. XIX. Tit. II. §. 105. Gebrüder Overbeck, Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien Bd. 6, S. 205 (209). Fiſcher a. a. O. §. 1342. Hagemann a. a. O. Vgl. auch Dorn a. a. O. §. 157 flg.

32) L. 27. D. locati conducti. (19. 2.) Strube a. a. O.

33) Glück a. a. O. Th. 17, §. 1054, S. 420. Mittermaier a. a. O.

34) Fiſcher a. a. O. Glück a. a. O. Th. 2, §. 121, S. 159.

35) Simon und Strampff, Rechtsſprüche der preußiſchen Gerichtshöfe Bd. 3, S. 80.

36) Hertius, de paroemiis iuris Lib. I. paroem. 42.

ſtung nicht ohne Bezahlung dafür gedacht wird (nicht operae liberales); ſo tritt in einem ſolchen Falle, wenn der Dienſtbote nicht ausdrücklich auf Lohn verzichtet hat, eine Beſtimmung des letzteren durch richterliches Ermeſſen ohne weiteres ein[37]). Kinder, wenn ſie bei ihren Eltern als Geſinde dienen, haben — es gilt dieß vorzüglich von Bauerkindern — kein Recht auf eine Lohnforderung, wenn ſie nicht der elterlichen Gewalt entlaſſen und großjährig ſind, oder mit ihren Eltern deßhalb beſonders contrahirt worden iſt, oder Handlungen der Eltern zu dem ſicheren Schluſſe berechtigten, daß dieſe ihnen Lohn geben wollten[38]). Noch mehr tritt die Befugniß zur Lohnforderung ein bei Dienſten, die anderen Verwandten, Geſchwiſtern, Vatersgeſchwiſtern u. ſ. w., geleiſtet wurden[39]). — Daß jede Lohnforderung mit dem Ende des Dienſtes erlöſcht, verſteht ſich von ſelbſt; es muß aber auch die Herrſchaft, wenn ſie den Dienſtboten früher als verabredet war, oder als Geſetz und Obſervanz beſtimmen, des Dienſtes entläßt, ihm Koſt und Lohn auf die eigentliche Dienſtzeit, ſo wie allen übrigen, durch die intempeſtive Entlaſſung entſtehenden Schaden erſetzen[40]).

2) Der Dienſtherr darf dem Geſinde nur erlaubte Handlungen und demſelben angemeſſene, deſſen Geſundheit nicht gefährdende Arbeiten anſinnen, es überhaupt nicht mißhandeln[41]). Bei gefährlichen Mißhandlungen darf ſogar das Geſinde ſogleich den Dienſt verlaſſen[42]). Daß auch dem Geſinde eine Injurienklage geeigneten Falles gegen die Herrſchaft zuſteht, iſt jetzt unbeſtritten, wenn gleich nicht jede geringfügige Beleidigung dazu berechtigt, da bei ſolchen im häuslichen Leben der animus iniuriandi nicht angenommen werden kann[43]). Dieß führt zu der vielbeſtrittenen Materie, ob dem Dienſtherrn ein Züchtigungsrecht gegen ſein Geſinde zuſtehe? Dieſe von älteren und neueren Juriſten[44]) vorzüglich aus dem Grunde verneinte Frage, weil die jetzigen

---

37) Strube a. a. O. Bed. 774 (III, 107). Gebr. Overbeck a. a. O. Bd. 6, S. 199 (202). Mathis, allgem. juriſtiſche Monatsſchrift Jahrg. 5, S. 18. Hagemann a. a. O. S. 95.

38) Umſtändlich, unter Berückſichtigung der übrigen Literatur abgehandelt bei Scholz III., Zeitſchrift für Landwirthſchaftsrecht Bd. 2, Hft. 1, Nr. I, S. 1 flg., vgl. auch Bd. 1, Hft. 2, §. 48, S. 100 flg. v. Ende, vermiſchte juriſtiſche Abhandlungen B. II, S. 32.

39) v. Bülow und Hagemann, practiſche Erörterungen Th. VII, S. 240, Th. IX, S. 102.

40) Ebendaſ. Th. I, S. 131 (136). Glück a. a. O. Th. 2, §. 121, S. 159.

41) Fiſcher a. a. O. §. 1341. Glück a. a. O. S. 158 u. 159.

42) Glück a. a. O. S. 156 u. 159. Thimmig, in der Zeitſchrift des voigtländiſchen Vereines für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 2, Hft. 1, Nr. IV, S. 52.

43) Glück a. a. O. S. 159. Strube a. a. O. Bed. 590 (III, 39). Mittermaier a. a. O. Leyser l. c. Vol. VIII. spec. 546. med. 13 sq.

44) Stryk l. c. Lib. I. Tit. V. §. 12. Bülow u. Hagemann a. a. O. S. 97. Eichmann, Erklärungen des bürgerlichen Rechtes Buch 1, Tit. 5, §. 121, S. 156. Mittermaier a. a. O.

Dienſtleute freie Menſchen ſind, auf welche die Grundſätze des römiſchen Rechtes über Sclaven keine Anwendung leiden, und weil der Miethcontract ein ſolches Recht dem Herrn nicht verleiht, iſt von eben ſo ausgezeichneten teutſchen Rechtsgelehrten aller Zeiten bejaht worden[45]). Daß nur von mäßigen, ja geringen Züchtigungen hierbei die Rede ſein kann, darüber ſind alle Anſichten einſtimmig. Wenn auch der Miethcontract an ſich ein ſolches Recht dem Herrn nicht gibt, ſo läßt ſich doch nicht leugnen, daß, nach teutſcher Verfaſſung, in ihm eben ſowohl die Unterwerfung unter die Disciplin des Herrn liegt, als dieß rückſichtlich des Lehrlinges der Fall iſt, bei welchem der Lehrcontract auch nicht ausdrücklich beſagt, daß der Erſtere den Züchtigungen des Lehrherrn unterworfen werde, ohnerachtet ſolche durch unbeſtreitbare Rechtsgrundſätze[46]) genehmigt ſind. Erkennt man die häusliche Disciplinargewalt des Dienſtherrn an, ſo ſind darin auch modicae castigationes begriffen. Erkennt man ſie nicht an, ſo darf ſich conſequenterweiſe der Herr nicht einmal anmaßen, dem Geſinde einen Verweis (auch ein Disciplinarmittel) zu geben. Wohin das, wohin die dem Herrn dann obliegende Nothwendigkeit, ſich wegen jedes ungeeigneten Benehmens rohen Dienſtgeſindes an den Richter zu wenden, führen ſoll, wie dann der Zweck des Dienſtcontractes gar nicht erreicht werden könnte, dieß liegt auf der Hand. Daher und weil in vieler Beziehung häufig das Geſinde bei dem Dienſtherrn erſt in die Lehre gehen muß, werden, wie die zuletzt erwähnten Schriftſteller bezeugen, leichte Züchtigungen, nach einer ziemlich allgemeinen teutſchen Gewohnheit und nach ſehr vielen Geſindeordnungen, dem Dienſtherrn verſtattet. Doch iſt bei den widerſprechenden Anſichten über dieſen Gegenſtand und bei der Schwierigkeit des Erweiſes der Erforderniſſe einer ſolchen Züchtigung, möglichſte Vermeidung derſelben anzurathen[47]). Den Dienſtboten wegen großer Nachläſſigkeiten ſofort entlaſſen zu können, ohne daß der Dienſtbote deßhalb Entſchädigungsanſprüche machen dürfe, dieß Recht hat man zwar dem Dienſtherrn zuſprechen wollen[48]). Es möchte aber gemeinrechtlich, wenn nicht vorher eine dieß vermittelnde richterliche Commination ausgebracht worden iſt, ſchwerlich rechtlich zu vertheidigen ſein, da die Nichterfüllung des Contractes blos ein Klagrecht auf deſſen Erfüllung, nicht auf deſſen Auflöſung gibt. Wenn der Dienſtherr aber im Zorne das Geſinde ſofort aus dem Dienſte weiſt, ſo wirkt ſelbſt eine ſofortige Acceptation dieſer Erklärung, falls nicht wiederholte Aeußerungen des Dienſtherrn die Ernſtlichkeit dieſes Entſchluſſes bekunden, aus den bekannten Grundſätzen

---

45) Berger, oeconomia iuris Lib. I. Tit. III. th. II. Leyser l. c. Vol. I. spec. 16. med. 4. Vol. VIII. spec. 546. med. 15. Strube a. a. O. Fiſcher a. a. O. §. 1340. Dorn a. a. O. §. 112 flg. Hagemann a. a. O. Glück a. a. O. S. 156 u. 157.

46) L. 5. §. fin. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

47) Hagemann a. a. O.

48) Strube a. a. O. Bed. 417 (V, 99).

über Aeußerungen im Zorne[49]), kein Recht für den Dienſtboten, den Dienſt ſofort zu verlaſſen[50]).

3) Die Herrſchaft iſt verbunden, dem Dienſtgeſinde den in ihrem Dienſte ohne ſeine Schuld erlittenen Schaden zu erſetzen, wobei es ſich jedoch von ſelbſt verſteht, daß die ſucceſſive Abnahme der Geſundheit und Kräfte eines Dienſtboten im Dienſte nicht Gegenſtand einer Vergütung ſein kann[51]). Dritten Perſonen iſt die Dienſtherrſchaft für den durch das Geſinde in ſeinem Dienſte angerichteten Schaden nur dann Erſatz ſchuldig, wenn das Geſinde im Auftrage der Dienſtherrſchaft handelte, wenn ſie einem ihr als untauglich und unfähig bekannten Geſinde ein Geſchäft anvertraute, oder ihm wiſſentlich Dienſthandlungen zuließ, woraus der Dritte Schaden litt. Die römiſchen Noxalklagen, das Sclavenverhältniß der Römer vorausſetzend, ſind eben deßwegen dabei nicht mehr anwendbar[52]). Auch iſt die Dienſtherrſchaft für die von dem Geſinde in der Erſteren Namen geſchloſſenen Contracte nur dann verhaftlich, wenn ſie dem Geſinde hierzu Auftrag ertheilt hatte, oder wenigſtens der concurrirende Dritte nach den beſonderen vorwaltenden Umſtänden eine Ermächtigung des Geſindes dazu von Seiten der Herrſchaft anzunehmen berechtigt war. So alſo iſt ſie, außer in vorſtehendem Falle, nicht zur Bezahlung der von dem Geſinde wider ihr Wiſſen und Willen ausgenommenen Waaren verpflichtet[53]).

Abgeſehen von den Verhältniſſen, wie ſich ſolche zwiſchen dem Dienſtherrn und dem Dienſtgeſinde geſtalten, treten bei beiden noch einige andere, hier zu erwähnende rechtliche Verhältniſſe ein. Der Dienſtbote erhält nämlich durch ſeinen Dienſtcontract gemeinrechtlich zwar kein Heimathsrecht am Orte ſeines Dienſtherrn, aber in der Regel bekommt er deſſen Gerichtsſtand, wenn dieſer nicht ein auf die Perſon des Dienſtherrn, vielleicht auch ſeiner eigentlichen Familienglieder, beſchränkter eximirter Gerichtsſtand iſt. Doch hat das Geſinde der proteſtantiſchen Geiſtlichen und Academiker in der Regel nach dem Gerichtsgebrauche den Gerichtsſtand ſeines Herrn[54]). Beſonders ſtreitig iſt ſtets die Zeugenfähigkeit der Dienſtboten in

---

49) L. 48. D. de regul. iuris. (50. 17.) Leyser l. c. Vol. II. spec. 125. med. 3. Lauterbach l. c. Lib. XI. Tit. 4. §. 3.

50) Gegen Hommel l. c. obs. 269.

51) Carpzov, P. II. const. 51. def. 14. Fiſcher a. a. O. §. 868. Hagemann a. a. O. Glück a. a. O. S. 159.

52) Dorn a. a. O. §. 167. Strube a. a. O. Bed. 456 (I, 179). Bülow u. Hagemann a. a. O. Th. I, S. 121 (124). Böhmer, auserleſene Rechtsfälle von Hopfenſtedt Bd. 2, S. 423. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Rheinprovinzen Bd. 3 (Köln 1822), S. 24. Hagemann a. a. O. Glück a. a. O. Th. 10, §. 713, S. 417.

53) Fiſcher a. a. O. §. 1344. Bülow u. Hagemann a. a. O. Th. I, S. 344 (360). Reinhardt, vermiſchte Aufſätze H. 1, S. 163. Hagemann u. Mittermaier a. a. O.

54) Dorn a. a. O. §. 201. Nettelbladt, Rechtsſprüche des Oberappellationsgerichtes zu Parchim Bd. 1, Abh. 7. Hagemann a. a. O. Glück a. a. O. Th. 6, §. 510b, S. 244 flg.

Sachen ihrer Herren geweſen. Die Anwendung der römiſchen Geſetze[55]) darauf findet aus den ſchon oft erwähnten Gründen und wegen der viel größeren Gewalt der römiſchen Hausväter, nicht unbedingt ſtatt. Indeſſen zeigen ſchon die noch jetzt üblichen altteutſchen Sprüchwörter: Weſſen Brod ich eſſe, deſſen Lied ich ſinge, und: Die in Eines Brode ſind, müſſen auch in ſeinem Beſten ſein[56]), welche Anſicht man in Teutſchland über die Glaubwürdigkeit der Brödlinge hat. So gewiß im einzelnen Falle der Grad der Glaubwürdigkeit eines Dienſtboten in Sachen ſeines Herrn von den vorwaltenden beſonderen Umſtänden abhängt, ſo hat ſich doch dahin die allgemeine Meinung feſtgeſtellt, daß er nie ein ganz glaubwürdiger Zeuge ſein wird[57]). Endlich kann das rückſichtlich des teutſchen Zunftweſens nicht unintereſſante, dem Dienſtherrn allgemein zuerkannte Recht, von ſeinen Dienſtleuten Zunftwaaren, die außerdem nur Zünftemitglieder zu fertigen berechtigt ſind, für ſich arbeiten zu laſſen, nicht unerwähnt bleiben[58]).

Das ganze Geſindedienſtverhältniß, welches einſeitig, ohne gerechte Urſache, kein Theil aufheben, und, wenn er es doch thut, nicht nur zur Fortſetzung des Contractes, ſondern auch zum Schadenerſatz gezwungen werden kann, wird beendigt durch Ablauf der Zeit, auf die es eingegangen, oder auf erfolgte Aufkündigung durch Ablauf der Aufkündigungszeit (indem in der Regel zeitige Aufkündigung beiden Theilen frei ſteht), durch den Tod des Geſindes, zuweilen des Dienſtherrn (ſ. o. S. 772), durch leibes- und lebensgefährliche Mißhandlungen von Seiten des Dienſtherrn (ſ. o. S. 774), durch anhaltende Krankheit des Geſindes (ſ. o. S. 773), durch große Nachläſſigkeit deſſelben unter obgedachten Modificationen (ſ. o. S. 775) und durch Vermögensverfall der Herrſchaft, ſo daß ſie das Geſinde nicht mehr erhalten kann[59]). Daß Verheurathung des Geſindes ein legaler Grund zur Aufhebung des Miethcontractes ſei, wie ſonſt ziemlich allgemein angenommen wurde[60]), kann wohl ſo ohne weiteres nicht behauptet werden[61]). Mit den Grundſätzen des canoniſchen Rechtes über Begünſtigung der Ehe

---

55) L. 25. §. 2. D. d. aedilit. ed. (21. 1.) L. 24. D. d. testib. (22. 5.) L. 3. C. eod. (4. 20.)

56) Hertius l. c. Lib. I. paroem. 62.

57) Leyser l. c. Vol. III. spec. 283. med. 13. Hommel l. c. obs. 56 u. 211. (catalog. test.) s. v. famuli. Elvers u. Bender, allgem. juriſtiſche Zeitſchrift Jahrg. 1, S. 89. Glück a. a. O. Th. 22, §. 1177, S. 157 flg.

58) Bülow u. Hagemann a. a. O. Th. VII, S. 367. Gebrüder Overbeck a. a. O. Bd. VII, S. 123. Schlüter u. Wallis, juriſtiſche Zeitung Hft. 1, S. 151.

59) Lauterbach l. c. Lib. XI. Tit. 4. §. 3. Hagemann a. a. O. Glück a. a. O. Th. 2, §. 121, S. 156, Th. 11, §. 756, S. 323. Schweppe a. a. O.

60) Hommel cit. loc. obs. 64. Leyser l. c. Vol. II. spec. 125. coroll. 1.

61) Schon nach dem altteutſchen Sprichwort: Wer freien will, muß erſt ausdienen. Hertius l. c. Lib. I. par. 47. Vgl. auch Mittermaier a. a. O.

wird die Forderung des Rechtes auf Erfüllung des Contractes unſtreitig vereinigt, wenn in Fällen, wo das Lebensglück des Dienſtboten von deſſen Verehelichung vor Ablauf der Dienſtzeit abhängt, dieſe ihm zwar geſtattet, er aber zum Erſatz alles, durch den intempeſtiven Austritt aus dem Dienſte, dem Dienſtherrn entſtandenen Schadens angehalten wird.

Zur Erlangung der aus dem Dienſtcontracte entſtehenden Anſprüche iſt, im Verweigerungsfalle, dem Geſinde die actio locati, der Dienſtherrſchaft die actio conducti gegeben[62]), welche überall im ſummariſchen Wege ausgeführt werden[63]) und bei welchen, gleichwie in allen Differenzen zwiſchen Herrſchaft und Geſinde, dieſes, ſo wie jede andere Partei, der Herrſchaft den Eid deferiren kann[64]). Ein ausgezeichnetes Vorrecht aber genießt das Geſinde rückſichtlich ſeiner Lohnforderung im Concurs, wo der verſprochene Lohn, wenn er nicht durch anderweite Verabredung in ein Capital verwandelt und ſo ſtehen geblieben iſt, in der erſten Claſſe der Gläubiger befriedigt wird[65]) — ein Vorzugsrecht, das durch einzelne Prozeßordnungen mehrfache Modificationen erlitten hat.

Buddeus.

Geſtändniß (Bekenntniß)[1]), confessio. — In der Rechtsſprache[2]) bedeutet dieſes Wort eine von Seiten des Angeſchuldigten oder Beklagten gemachte Erklärung, wodurch er eine ihm zum Nachtheil gereichende Thatſache unbedingt, oder mit gewiſſen Beſchränkungen, vorbringt[3]) oder beſtätiget. — Da es an und für ſich ganz der menſchlichen Natur zuwider iſt, dergleichen Depoſitionen gegen ſich ſelbſt zu machen, im Gegentheile zu vermuthen ſteht, daß Jedermann Alles, was

---

62) Schweppe a. a. O.

63) Dorn a. a. O. §. 213.

64) Wider die ſonſt ziemlich verbreitete Meinung des Gegentheiles ſ. Glück a. a. O. Th. 12, §. 799, S. 274.

65) Runde a. a. O. Danz dazu a. a. O. S. 252. Hagemann u. Mittermaier a. a. O.

1) Die Natur dieſes Werkes bringt es mit ſich, daß zuvörderſt von dem Geſtändniſſe im allgemeinen gehandelt, d. h. dasjenige vorgetragen werden muß, was für das bürgerliche, wie für das peinliche Recht gleichmäßig gilt, und daß hierauf erſt auf das Einzelne übergegangen wird. In dieſer Weiſe bietet die Literatur noch keine Abhandlung dar, wenn man nicht jene von Geſterding, in ſeiner Ausbeute von Nachforſchungen über verſchiedene Rechtsmaterien Th. 2, Nr. III, einigermaßen hierher rechnen will.

2) Die gemeine Volksſprache begreift darunter auch jede Aeußerung, die Jemand aus eigenem Antriebe zu ſeinem Nachtheile macht, welche aber nicht Geſtändniß, ſondern Bekenntniß genannt werden ſollte. Vgl. Eberhard, ſynonymiſches Handwörterbuch Nr. 246.

3) Nicht immer erfolgt ein Geſtändniß auf Vorhalt des Klägers oder Richters, ſondern es kommt zuweilen ein vor Gericht ſtehender Schuldiger auch damit zuvor und erzählt Thatſachen, die bis dahin noch ganz oder doch theilweiſe unbekannt waren. Im letzteren Falle dürfte der in der vorigen Note erwähnte Ausdruck Bekenntniß richtiger ſein, als Geſtändniß. Viele Schriftſteller gebrauchen beide Ausdrücke als gleichbedeutend.

ihm zum Schaden gereichen kann, zu verſchweigen und zu leugnen ſucht[4]), ſo iſt es nicht zu verwundern, daß die Jurisprudenz auf Geſtändniſſe von jeher das höchſte Gewicht legte, ja theilweiſe ſo weit ging, daß ſie daſſelbe für den Gipfel aller juriſtiſchen Erkenntniß, für die regina probationum erklärte. Es muß jedoch von vornen herein bemerkt werden, daß dieſes eine Uebertreibung iſt, welche zu ſehr großen Einſeitigkeiten, ja zu ſchrecklichen Verirrungen, zu Grauſamkeiten (wie z. B. die media eruendae veritatis, territio, tortura) im älteren Rechte geführt hat. Wenn man überall gerne die eigene Beiſtimmung des Beklagten zu dem gegen ihn zu verhängenden Urtheil wahrnehmen wird, wenn das richterliche Gewiſſen dadurch eine ſehr weſentliche Beruhigung und Stütze findet, ſo ſoll man ſich doch hüten, deßhalb alles Heil auf das Geſtändniß ſtellen zu wollen, und aus eigentlicher Bequemlichkeit und Scheu vor Verantwortung die vor Gericht gezogenen Perſonen dazu anzutreiben, oder gar zu nöthigen[5]), daß ſie mit Freimuth und Selbſtaufopferung jeder anderen Beweisführung zuvorkommen möchten. Gerade aus obigem Grunde, weil ein Geſtändniß immer eine Ausnahme von dem regelmäßigen Verhalten des vernünftigen Menſchen[6]) darſtellt, muß man ſich nicht beigehen laſſen, ein ſolches ohne weitere Prüfung als glaubhaft oder gar als unumſtößliche Wahrheit anzunehmen. Der erfahrene Juriſt wird ſich vielmehr angewöhnen, ein jedes Geſtändniß mit mißtrauiſchem Auge zu betrachten[7]) und es ſich gerade deßhalb, weil der Beklagte mit ſo viel Edelſinn ſich benimmt, zur Pflicht machen, deſſen Worte und Abſichten auf die Wagſchale zu legen, damit er keine größeren Nachtheile erleide, als er mit ruhiger Ueberlegung[8]) vorausſehen konnte.

---

4) So oft ein Menſch, der ſein Gewiſſen belaſtet fühlt, vor Gericht erſcheint, entſteht ein moraliſcher Kampf, der leider größtentheils zu Ungunſten der Wahrheit ausfällt. Heinroth, über die Wahrheit (Leipzig 1824), ſagt S. 227: Unſer Verſtand, ebenſo wie unſer Herz, liegt nicht ſelten mit ſich ſelbſt im Kriege, feindet ſich gleichſam ſelbſt an, und ſtört auf ſolche Weiſe den Frieden in dem ganzen Reiche unſerer Gedanken. Vgl. auch Heinroth, die Lüge (Leipzig 1834), S. 307—314.

5) Leue, der Anklage- und Unterſuchungsprozeß (Aachen und Leipzig 1840), bemerkt hierüber S. 128: Allen Verſuchen, den Verdächtigen zum Bekenntniß zu bringen, liegt immer die Vorausſetzung zum Grunde, daß er ſchuldig ſei. Setzte man ſeine Unſchuld voraus (wie er es verlangt), ſo würde man ihn wohl zur Erklärung, aber nicht zum Bekenntniſſe auffordern und ſeine Vertheidigung auf jede Weiſe begünſtigen. Setzte man aber Nichts voraus (wie es eigentlich ſein ſollte), ſo würde wenigſtens das Andringen zum Bekennen wegfallen, und er bliebe frei, wie er ſich erklären und vertheidigen wollte.

6) Quinctilian. Declam. nr. 313. hat bekanntlich den Satz aufgeſtellt: Ea est natura confessionis, ut possit videri demens, qui confitetur de se.

7) Bentham, traité des preuves T. II. p. 124. Kitka, über Erhebung des Thatbeſtandes §. 39.

8) Selten wird ein Geſtändniß anders, als im Zuſtande innerer Bewegung abgelegt werden, und wenn einmal der Anfang damit gemacht iſt, ſo kann das Gemüth die Oberhand über den Verſtand gewinnen. Müller, Lehrb. des Criminalproz. (Braunſchweig 1837), S. 206, führt daher mit gutem Grunde unter den Erforderniſſen eines glaubhaften Geſtändniſſes auf: Daß der Geſtehende

Dieſes führt:

I. Auf die allgemeinen Rechtsſätze: 1) daß Geſtändniſſe nur dann als Beweismittel gebraucht werden dürfen, wenn ſie im Zuſtande phyſiſcher und pſychiſcher Freiheit und 2) mit der Abſicht zu bekennen (animo confitendi) abgelegt ſind, ſo wie 3), daß ſie immer ſtrenge zu interpretiren ſind.

Zu 1). Was nun die phyſiſche Freiheit anbelangt, ſo gehört dazu hauptſächlich, daß dem Geſtehenden vor und während ſeiner Depoſition weder unmittelbare mechaniſche Gewalt[9]) zugefügt, noch eine ſolche angedroht worden ſei, mag dieſelbe vom Richter ſelbſt und ſeinen Untergebenen oder auch nur von Privatperſonen ausgehen. Allerdings läßt ſich als möglich denken, daß ein dergeſtalt erzwungenes Bekenntniß dennoch die vollkommene Wahrheit enthalte und nur vielleicht im Ausdrucke der gehörigen Genauigkeit entbehre, weil es in einem Zuſtande der Befangenheit oder des körperlichen Schmerzes ausgeſtoßen wurde[10]), ja, man könnte theoretiſch noch weiter gehen und ſagen, daß gerade, weil freiwilliges Herbeiführen einer nachtheiligen Lage dem Selbſterhaltungstriebe noch mehr widerſpreche, das abgenöthigte Bekenntniß größeren Glauben verdiene, als jenes, und es iſt auch dieſe Anſicht ſchon zur practiſchen Wahrheit geworden, als man das Folterſyſtem (ſ. den Art. Frage Bd. 4, S. 337 flg.) handhabte: aber wenn man die Sache gründlicher betrachtet, ſo findet man leicht, wie groß der Irrthum iſt, der hierin liegt. Zugegeben iſt es bereits, daß freiwillige Geſtändniſſe in der Beurtheilung die höchſte Vorſicht erfordern; aber gleichwohl iſt ein mit Nichts unterſtütztes freiwilliges Geſtändniß immer mehr werth, als ein von den reichlichſten Indicien umgebenes Zwangsgeſtändniß, und zwar aus dem ganz nahe liegenden Grunde, weil zu einer jeden menſchlichen Handlung, wenn ſie als ſolche betrachtet werden ſoll, eine freie Willensbeſtimmung[11]) gehört, und wenn es hieran fehlt, ſo kann wohl eine äußere That, ein Ausſpruch des Menſchen vorliegen, nimmermehr aber eine Offenbarung der innerſten Ueberzeugung.

So wie zum Thatbeſtande eines Verbrechens vor allem eine freie Handlung von Seiten eines vernunftbegabten Weſens[12]) gehört, ſo muß

---

zur Zeit der Ablegung deſſelben ſeiner ſo bewußt war, daß ſein Gedächtniß nicht leicht ein unrichtiges Bild von der eigenen Handlung empfangen, oder das richtig empfangene Bild bei der Vergegenwärtigung durch Phantaſietäuſchung verändert werden konnte.

9) Cap. 16. X. de off. et pot. iud. del. Geſterding a. a. O. S. 96. Kitka, die Beweislehre im öſterr. Strafprozeſſe (Wien 1841), §. 21.

10) Deßhalb hielt man auch in der Vorzeit, wo die Folter noch herrſchend war, für nothwendig, daß das erpreßte Geſtändniß 2—3 Tage nachher ratificirt wurde. Koch, instit. iur. crim. §. 878. Quiſtorp, Grundſ. des peinl. Rechtes Bd. 2, §. 742, 743.

11) Hegel, Grundlinien der Philoſophie des Rechtes §. 11, ſagt: Der nur erſt an ſich freie Wille iſt der unmittelbare oder natürliche Wille. Vgl. auch Hillebrand, Philoſophie des Geiſtes (Heidelberg 1835), Bd. 1, S. 296 flg.

12) Am beſten findet man dieſe wichtige Lehre auseinandergeſetzt in Abegg's Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft S. 103 flg.

auch die Erklärung, welche ein Angeſchuldigter darüber abgiebt, aus ungetrübter Gemüthsverfaſſung[13]) hervorgehen. Dazu gehört insbeſondere freie Willensbeſtimmung bei der Ablegung eines Geſtändniſſes. Daſſelbe hat, wie oben gezeigt wurde, die Vermuthung gewiſſermaßen gegen ſich, und um ſo ſorgfältiger muß man die Motive prüfen, welche dabei gewirkt haben mögen. Pſychiſch unfrei iſt nicht nur der, welcher in eine Geiſteskrankheit verfallen iſt, ſondern auch der von heftigen Leidenſchaften beherrſchte Menſch[14]); unter welchen letzteren beſonders hervorzuheben ſind: der Zorn, die Schwermuth, der Ehrgeiz und die Furcht, Triebfedern, welche überall nicht ſelten unüberlegte Worte hervorrufen. Daß auch der Unterſuchungsrichter hierzu beitragen kann, unterliegt keinem Zweifel, und es wird doppelt ſchwierig für ihn, die rechte Behandlung zu treffen, weil er anderſeits ſogar darauf hingewieſen iſt, die Gemüthsbewegungen der verhörten Perſonen zu einer rückhaltloſen Angabe der Wahrheit zu benutzen[15]). Sobald er findet, daß die Aufregung ins Krankhafte übergeht, muß er einhalten, und wenn nicht das Verhör ganz abbrechen, doch daſſelbe auf weniger erhebliche Nebenpunkte beſchränken. Am häufigſten kommt es bei Confrontationen zur ſtarken Aufregung, und man muß deßhalb hier immer vorſorgen, daß Beleidigungen unterbleiben (ſ. den Art. Confrontation[16]) Bd. 3, S. 16).

Zu 2). Es beſteht ein ſehr weſentlicher Unterſchied zwiſchen dem eigentlichen Geſtändniſſe und einer Aeußerung, worin man beiläufig ein Geſtändniß erkennen kann. Ein Menſch braucht nicht gerade an Verſtandesſchwäche zu leiden, um in den Fall zu kommen, daß er Etwas vorbringt, was ihm nachtheilig ſein kann, ohne daß er gerade die Abſicht[17]) hatte, eine ſolche Folge herbeizuführen. Es gibt gar viele geſchwätzige, unvorſichtige Naturen, welche den weiſen Grundſatz, eher zu denken, als man redet, nicht befolgen. Solche benehmen ſich dann auch, wenn ſie über ein Verbrechen befragt werden, nicht anders und erwägen oft gar nicht, wie kritiſch ihre Lage, wie folgenreich jeder Ausdruck iſt. Sie geben aus Eitelkeit, oder aus Bequemlichkeit, um ſich in keine Discuſſion einzulaſſen, oder aus reinem Leichtſinn, Dinge gegen ſich zu, an welchen ſie vielleicht gar keinen Theil hatten, oder ſie erzählen unge-

---

13) Daſſelbe wird natürlich auch vom Civilgeſtändniſſe verlangt. Geſterding a. a. O. S. 67. Schneider, Lehre vom rechtl. Beweiſe; neu herausgeg. v. Hofmann (Gießen 1842), §. 74. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Th. 1, §. 92, 93.

14) Scheidler, Propädeutik der Pſychologie, 2. Ausg. (Darmſtadt 1833), S. 452, nennt die Affecte Gefühle, die eine ſolche Größe erlangt haben, daß ſie die Thätigkeit der übrigen Seelenvermögen, namentlich des Verſtandes oder der willkürlichen Leitung der Vorſtellungen, ſomit der Kraft der Selbſtbeherrſchung (Beſonnenheit) momentan hemmen.

15) Ausführlich handelt hiervon der Aufſatz: Die Exploration zweifelhafter Seelenzuſtände im Strafprozeſſe von L. v. Jagemann in deſſen und Nöllner's Zeitſchrift für teutſches Strafverfahren Bd. 2, S. 232 flg.

16) Vgl. auch Archiv des Criminalrechtes Jahrgang 1835, S. 64.

17) Die Abſicht, wenn ſie auch nicht immer direct darauf gerichtet iſt, eine Buße oder Einbuße zu erleiden, muß doch in ſo weit erhellen, daß der Geſtän-

hörige Geſchichten, in welche ſie, gleichſam nur zur Ausſchmückung, ſcheinbare Geſtändniſſe einflechten, die ihnen, wenn es darauf ankäme, nimmermehr Ernſt ſein könnten.

Dieſes führt denn auch wieder auf die unerlaubten Suggeſtionen (ſ. den Art. Frage Bd. 4, S. 327), d. h. die Eingebungen von Thatſachen, die in den Acten nicht enthalten, oder gar deren Inhalt widerſprechend ſind [18]).

Wenn darauf affirmative Antworten erfolgen, ſo kann man immer mit Grund die Abſicht, zu geſtehen, bezweifeln: denn man weiß ja nicht, ob die fragliche Thatſache überhaupt exiſtirt, und es kann daher ein Zugeſtändniß um ſo weniger darauf gebaut werden, als aus einer bloßen Bejahung nie mit Sicherheit [19]) hervorgeht, daß der Gefragte dadurch eine Schuld in der Ausdehnung, wie die Frage ſie bezeichnet, auf ſich nehmen will.

In noch weit ſtärkerem Maße iſt dieſes der Fall bei den Antworten auf captiöſe Fragen [20]): denn hier kann ſcheinbar Etwas eingeräumt werden, was dem Verhörten, wollte man ihn in offener Weiſe noch einmal fragen, vielleicht gar nicht in den Sinn kommen würde.

Zu 3). Aus dem gleichen Grundſatze der vorſichtigen Beurtheilung eines Geſtändniſſes folgt denn auch die Regel, daß man ein ſolches immer ſo beſchränkt als möglich auszulegen habe. Handelt es ſich darum, ſich ſelbſt Nachtheile oder gar Strafen zuzuziehen, ſo muß Jedermann, der in den eigenen Buſen greift, ſich ſagen, daß man bei einer ſo ſeltenen, dem Eudämonismus widerſtrebenden Erſcheinung mit Folgerungen und Vermuthungen äußerſt ſparſam zu Werke gehen muß. Wenn z. B. ein Inculpat ſagt: Sollte ich auch mehr als einmal gegen

---

dige weiß, welche rechtliche Bedeutung ſeine Ausſage hat und dennoch ſie als einen Beweis gegen ſich in die Acten niederlegt. Dieſes Wiſſen braucht aber nicht abermals durch ein Geſtändniß erhärtet zu ſein, ſondern es kann auch aus dem Benehmen und der inneren Haltung des Redenden erſchloſſen werden. Das Geberdenprotocoll iſt deßhalb bei Geſtändniſſen von beſonderer Wichtigkeit. Mittermaier, das teutſche Strafverfahren Th. 1, S. 491. Friederich, Syſtem der gerichtl. Pſychologie, 2. Aufl. (Regensburg 1842), S. 55.

18) Dieß gilt eben ſowohl auch vom Civil= wie vom Criminalprozeſſe: nur iſt in jenem nicht leicht die Möglichkeit einer Induction durch den Richter denkbar, er müßte denn, in Abweſenheit des Gegners, einer Partei etwas Anderes, als was jener vortrug, mündlich zur Erklärung vorhalten.

19) Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen Th. 2, S. 103, hat daher auch Unrecht, wenn er meint, es genüge, daß der Beklagte ſage: Das räume ich ein, das will ich nicht beſtreiten u. ſ. w. Er muß vielmehr, um die Ernſtlichkeit des Geſtändniſſes beurtheilen zu können, das Weſentliche der fraglichen Thatſache mit ausdrücklichen Worten ſelbſt vortragen. In bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten beſteht nur darin noch ein erheblicher Unterſchied von Criminalunterſuchungen, daß der Richter ſich nicht darum zu kümmern hat, ob das Geſtändniß innere Wahrſcheinlichkeit habe, oder nicht. S. darüber mehr unten. Vgl. auch Schneider, Lehre vom Beweiſe Anm. XXVI zu §. 80, 99.

20) Mittermaier, die Lehre vom Beweiſe (Darmſtadt 1834), S. 260, Ziff. 3.

den B. geſtochen haben, ſo weiß ich doch gewiß, daß ich auf keine gefährliche Stelle das Meſſer richtete, — ſo kann hieraus allein auf keinen Fall das Zugeſtändniß erſchloſſen werden, daß Inculpat wirklich zwei Stiche geführt habe, ſondern es iſt dieß als ein ihm ſelbſt dunkler Punkt[21]) zu betrachten. Die Aufgabe des Unterſuchungsrichters iſt es, hierauf weiter zu inſtanziiren; geſchieht dieß aber nicht, ſo darf der Urtheiler keinen Schritt weiter gehen, als die Worte, wie ſie der Inculpat gebraucht, geſtatten[22]).

Es darf jedoch nicht unangemerkt bleiben, daß jener Grundſatz häufig, und zwar beſonders von Advocaten und Defenſoren, allzu enge angewendet wird. Es kann nämlich nicht verboten ſein, die Aeußerung eines Geſtändigen im Zuſammenhange zu betrachten und dasjenige, was ſich nach vernünftiger Erkenntniß als der wahre Sinn daraus ergibt, als die wirkliche Intention des Inculpaten oder Beklagten anzunehmen. Wollte man jeden Satz oder jedes Protocoll abgeriſſen für ſich allein betrachten, ſo wäre es keine Möglichkeit[23]), zu einem beſtimmten Reſultate zu kommen.

Nach dieſen allgemeinen Vorbemerkungen wird es nun nothwendig, das Geſtändniß in zwei beſonderen Rückſichten zu betrachten, in ſo weit es nämlich dem Criminal- und dem Civilrechte angehört. Ein ſehr erheblicher Unterſchied beſteht hier dadurch, daß das civilrechtliche Geſtändniß auf den Grundſatz des Verzichtes[24]) baſirt wird, während das criminalrechtliche nur mit dem Maßſtabe der Wahrheit[25]) beurtheilt wird. Hier iſt es unausweichliche Pflicht, der Ladung vor den Unterſuchungsrichter Gehorſam zu leiſten, und wenn der Angeklagte hart-

---

21) Es fehlt an der zu einem gerichtlichen Geſtändniſſe nothwendigen Beſtimmtheit, und wenn durch andere Beweismittel kein helleres Licht darüber verbreitet werden kann, ſo iſt im Zweifel anzunehmen, daß nur Ein Stich von der Hand des Geſtändigen erfolgt ſei. Mittermaier, teutſch. Strafverf. Th. 2, S. 254.

22) Aehnliche Beiſpiele könnten denn auch wieder von unbeſtimmten oder zweideutigen Geſtändniſſen im Civilprozeſſe angeführt werden, wo nicht minder ſtets die dem Beklagten günſtigere Auslegung vorwiegen ſoll. Schneider a. a. O. §. 94.

23) So klar und entſchieden zu ſprechen, daß durch Deutung oder Deutelei nicht ein Doppelſinn in der Rede zu entdecken wäre, iſt eigentlich nur die Sache weniger Auserwählten. Man muß daher faſt jede gerichtliche Erklärung nach der Subjectivität des Deponenten verſchiedenartig auffaſſen und beurtheilen. Roſenkranz, Pſychologie (Königsberg 1837), S. 300.

24) Iſt die Klage grundlos, ſo enthält das Geſtändniß einen Verzicht auf Beweisführung und kann die Klage durch Einreden elidirt werden, ſo enthält dieß unbeſchränkte Geſtändniß einen Verzicht auf letztere. Da aber auch Beweis einer wohlbegründeten Klage verlangt werden kann, ſo kommt es auch hier darauf an, ob der Beklagte dem Kläger dieſe Mühe erſparen, d. h. auf die rechtliche Ueberweiſung verzichten will. Auf demſelben Grundſatze beruht auch die gemeinrechtliche ſogen. Verhandlungsmaxime im Gegenſatze der preußiſchen Unterſuchungsmaxime, worüber vorzüglich nachzuleſen iſt: Mittermaier, der teutſche Prozeß in Vergleichung u. ſ. w. Beitr. I, S. 70 flg.

25) Mittermaier, Lehre vom Beweiſe §. 7.

näckig ausbleibt, kann und muß zu gewaltſamer Vorführung geſchritten werden.

Wenn dagegen im Civilprozeſſe der Beklagte geladen wird, ſo ſetzt der Richter gleich das erſte Mal die Androhung des Rechtsnachtheiles bei, daß im Falle ſeines Ausbleibens die vom Kläger vorgetragenen Thatſachen als von ihm, dem Beklagten, zugeſtanden angeſehen und deſſen etwaige Einreden ausgeſchloſſen würden. Man hat mithin keine Urſache, in Civilſachen weitere Schritte zu thun, wenn der Beklagte ſich nicht verantwortet, und es treten auf Antrag des Klägers lediglich die Contumacialfolgen[26]) ein, d. h. es wird ein Geſtändniß fingirt[27]). Damit iſt aber natürlich zur gründlichen Aufklärung der Sache nichts geſchehen, ſondern man hat den Streit gleichſam durch eine Strafe abgeſchnitten. Jedem, der über ſein Vermögen disponiren darf[28]), ſteht es auch frei, einen Theil des Seinigen wegzuſchenken oder ſogar leichtſinnig zu verſchleudern; will er nun den Anforderungen eines Anderen, wenn ſie auch noch ſo grundlos ſind, keinen Widerſpruch entgegen ſetzen, ſo kümmert ſich der Richter nichts darum[29]), ſondern ſetzt voraus, daß der Beklagte entweder durch ſein Schweigen die Schuld anerkennen oder einem Prozeſſe ſelbſt durch ein Opfer ausweichen wolle. Im Strafverfahren wäre Nichts gewonnen, wenn der Unterſuchungsrichter annehmen wollte, daß der ungehorſam Ausbleibende das fragliche Verbrechen begangen habe; denn der Spruchrichter würde ſich damit nicht begnügen, vielmehr die Acten zurückſenden und begehren, daß der Angeſchuldigte durch die geſetzlichen Zwangsmittel[30]) zu einer Erklärung gebracht werden ſolle. Auf den Fall, daß er ſelbſt auf perſönliches Erſcheinen jede Antwort verweigert, ſind durch die Gerichtspraxis gewiſſe Beugungsgrade eingeführt[31]), die man jedoch in neuerer Zeit ziemlich allgemein verwirft und zwar theils aus dem Grunde, daß man keine Surrogate für die verabſcheuungswürdige Folter mehr geſtatten will[32]), theils, weil man durch ein dergeſtalt erzwungenes Geſtändniß doch den Zweck der materiellen Wahrheit nicht erreicht ſieht.

---

26) Mittermaier, der teutſche Prozeß u. ſ. w., zweiter Beitrag, §. V. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverf. und Prozeß des ſinkenden röm. Reiches §. 26, 27.

27) S. darüber mehr unten ad II. 4. und III. 1.

28) Gönner, Handbuch des gem. teutſchen Prozeſſes Bd. 2, S. 371, dehnt dieſen Satz ſo weit aus, daß er ſagt: Geſtändniß als Ausfluß der freien Dispoſition über das Seine findet unter den ſtreitenden Theilen allgemein, ohne Beſchränkung auf eigene Handlungen des Bekennenden ſtatt.

29) Nur formelles Recht erſtrebt der Civilprozeß. Vgl. Bethmann-Hollweg, Verſuche über einz. Theile der Theorie des Civilproz. S. 279, wo es u. A. heißt: Die Erklärung des Beklagten gilt zu ſeinem Nachtheile als förmliche Wahrheit, ohne daß zu ſeinen Gunſten das edictliche Recht noch beachtet würde.

30) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 690 flg.

31) Röllner, in der Zeitſchrift für teutſches Strafverfahren Bd. 1, S. 145.

32) S. in dieſem Lexikon Bd. 4, S. 344. Leue, der Anklage- und Unterſuchungsprozeß in Teutſchland S. 126.

Freilich bleibt dann oft gar kein Beweis übrig; aber die Rechtspflege iſt deßwegen nicht mehr benachtheiligt, als in den vielen Fällen, wo man es mit leugnenden Inculpaten zu thun hat. Nur das einzige Bedenken bleibt dann, daß diejenigen, welche den Gehorſam verweigern und dem Richter gar keine Antwort geben, um Nichts ſchlimmer daran ſind, als die anderen, welche, gleichviel geſtändig oder nicht, das Verhör ordnungsmäßig beſtanden haben[33]). Wie könnte man aber eine Verpflichtung deduciren, über ſeine eigene Schande auszuſagen? Die Pflicht kann nicht weiter gehen, als daß man der Ladung Folge leiſtet; will man aber auf keinerlei Erörterung ſich einlaſſen, ſo kann man von Rechtswegen keinen anderen Nachtheil dadurch erleiden, als daß die Vermuthung eines ſchuldbeladenen Gewiſſens[34]) daraus gefolgert werden darf.

Eine Verwechslung mit der Zeugenpflicht[35]) hat viel zur falſchen Auffaſſung der Pflichten des Angeſchuldigten beigetragen. Allerdings gehört es zu Obliegenheiten des Staatsbürgerthumes im allgemeinen, den Landesgerichten, welche einer gewaltſamen Störung der Rechtsordnung nachforſchen, Alles anzugeben, was ihnen von der Sache bekannt iſt; aber dieſe Pflicht kann doch gewiß nicht auch ſolche Individuen umfaſſen, welche ſelbſt der Gegenſtand der Verfolgung ſind. Mittel zur Ueberführung des Verbrechers ſoll Jeder, der ſolche kennt, an Handen geben; wenn aber die angeklagte Partei ſelbſt ein Gleiches thun müßte, ſo würde die Juſtiz in Despotie ausarten, ſie würde von den Untergebenen fordern, daß ſie aller Mühe und Arbeit zuvorkommen und ſich großmüthig dem Strafgerichte ſelbſt überliefern. Wenn man eine ſolche Pflicht auf das Aeußerſte urgirt, ſo käme man dahin, daß das, was man jetzt Unterſuchung[36]) nennt, ganz unnöthig würde, indem keine künſtliche Beweisconſtruction mehr nothwendig iſt, ſobald derjenige, gegen den bewieſen werden ſoll,

---

33) Es beruht ein ſolches Bedenken theilweiſe auch auf Unkenntniß der Prozeßpraxis. Denn jeder Unterſuchungsrichter weiß, daß oft eine lügenhafte Vertheidigung den Zweck der Wahrheitserforſchung noch viel mehr erſchwert, als ein gänzliches Schweigen. Vgl. v. Jagemann, Handbuch der gerichtl. Unterſuchungskunde Bd. 2, Nr. 180 u. 220.

34) Der Geſichtspunkt, aus welchem ein Geſtändniß auch zum Vortheil des Angeſchuldigten gereichen könnte, darf nie aus dem Auge verloren werden; wie namentlich bei der Frage über Zurechnung. **Reyscher**, Diss. de confess. limitata in caus. crim. (Tub. 1824.) §. 12.

35) Auch im Civilprozeſſe kann der Satz nicht gerechtfertigt werden, welchen z. B. Schneider, Lehre vom rechtl. Beweiſe §. 72, in den Worten aufſtellt: Eingeſtändniß heißt dasjenige Zeugniß, welches der Product, dadurch, daß er den, von dem Producenten behaupteten Thatſatz für wahr erkläret, gegen ſich ſelbſt ablegt. Denn zum Begriffe des Zeugen gehört immer zunächſt: daß er am Ausgange des Streites nicht betheiligt ſei; und ferner kann auch ein Beklagter Dinge zugeſtehen, die er ſelbſt nach der Behauptung des Klägers, nicht, wie ein Zeuge, mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat. Vgl. auch die Anm. des Herausgebers (Hofmann) zu obiger Stelle.

36) Mithin kann das unbedingte Gebot des Anwortgebens ſelbſt nicht ein nothwendiger Ausfluß des Inquiſitionsprozeſſes genannt werden. Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. 4, S. 692. Hepp, Anklageſchaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit (Tübingen 1842), S. 103—108.

über Alles, was man verlangt, unumwundene Erklärungen abgeben muß. Nur in der Weiſe, wie die Engländer auf das Geſtändniß Bedacht nehmen, kann es rechtsphiloſophiſch gebilligt werden. Der Angeklagte wird, wenn er vor den Richtern erſcheint, zuerſt gefragt, ob er bekenne, oder es auf Beweis ankommen laſſen wolle [37]) (guilty or not guilty-process) [38]). Dieß iſt der rechte Augenblick, um das Gewiſſen zu rühren, wo man zum erſtenmale vor den entſcheidenden Richter [39]) hintreten muß. Die Inſtruction iſt vorausgegangen, und der Angeklagte kann daher ermeſſen, was er von einer Recapitulation der Beweiſe zu erwarten hat; Viele ziehen es dann vor, ihre Schuld zu bekennen, damit ſie nicht zugleich als Verbrecher und als überwieſene Lügner aus der Verhandlung hervorgehen.

Zu weit geht es übrigens, wenn man verlangt, daß es dem Angeklagten völlig freiſtehen ſolle, ob er eine Antwort geben wolle, oder nicht, ob er ſich mit Lügen befaſſen wolle, oder nicht. Von Zwang oder Nöthigung iſt gewiß ein Benehmen des Inquirenten, welcher durch moraliſchen Einfluß den Inculpaten zur Aufrichtigkeit zu beſtimmen ſucht, ſehr entfernt. Nicht als Schreckensmann, nicht als Würgeengel ſoll der Inquirent auf das Gemüth des Verdächtigen einſtürmen, wohl aber darf und ſoll er als unpartheiiſcher Rathgeber [40]) unter allen Umſtänden darauf aufmerkſam machen, was theils die Klugheit, theils die moraliſche Pflicht eines Angeſchuldigten erfordert. Man würde ſich auch ſehr irren, wenn man glauben wollte, daß die franzöſiſchen Inſtructionsrichter dieſen Punkt mit abſoluter Indifferenz behandelten; es iſt vielmehr anerkannte Thatſache [41]), daß dieſelben, beſonders in bedeutenderen Fällen, ihren perſönlichen Einfluß gern aufwenden, um Geſtändniſſe herbeizuführen. Warum

---

37) Wie dieß übrigens früher bei Unterſuchungen über Staatsverbrechen ganz anders war, ſ. bei Mittermaier, Strafverf. Th. 1, S. 108.

38) Henke a. a. O. Bd. 4, S. 467.

39) In Fällen, wo ein unbeſchränktes Geſtändniß abgelegt wird, hat nicht die Jury zu erkennen, ſondern es erfolgt ſofort die Anwendung des Strafgeſetzes, das eigentliche Urtheil, von Seiten der Richter.

40) Am beſten begründet iſt immer die Bemerkung: daß ein aufrichtiger Inculpat, der gleich von Anfang an die Wahrheit ſpricht, die Unterſuchung ſicherlich abkürzt und mithin auch die Koſten vermindert; wie dieß näher ausgeführt iſt in v. Jagemann's Handbuch der gerichtlichen Unterſuchungskunde Bd. 1, §. 279. Entwurf einer Criminalprozeßordn. für Sachſen v. 1842, §. 92.

41) In dem Manuel des juges d'instruction von Duverger (Niort et Paris 1840.) Tome II. p. 124. findet man hierüber Folgendes: Si le juge d'instruction ne doit pas entrer en discussion ouverte avec le prevenu; s'il ne lui est pas permis d'user à promesses décevantes, de questions captieuses, de moyens d'intimidation, du moins il est loisible, d'employer envers lui les exhortations, les représentations, qui, faites avec prudence, pourraient le *disposer* ou le décider à un *aveu*. Non seulement le juge d'instruction peut inviter le prévenu à confesser la vérité, il doit même l'en *presser*, et lorsqu'il a des indices, lorsque le prévenu se contredit, il doit le lui remarquer pour le déterminer à la sincérité. Mehr, als hier geſagt iſt, thut auch kein teutſcher Unterſuchungsrichter, der ſich ſeiner Aufgabe klar und redlich bewußt iſt.

ſollte auch irgend ein Unterſuchungsrichter auf dieſe, an und für ſich niemals verwerfliche, Methode, ſeine Arbeit bedeutend zu erleichtern, gänzlich verzichten? Es dürfte ſonach der hier und da ausgeſprochene Wunſch, daß die Unterſuchungsrichter ſich lediglich darauf beſchränken ſollen, die vorliegenden Verdachts- und Beweisgründe zur beliebigen Beantwortung vorzuhalten, nur bedingte Unterſtützung verdienen: denn es würde damit das pſychologiſche Element gänzlich aus dem Criminalprozeſſe verdrängt ſein; und welche Nachhilfe könnte wichtiger und ſachgemäßer ſein, als dieſe?

Eine weitere Frage, die jedoch mehr theoretiſcher, als practiſcher Natur iſt, beſteht darin: ob das Geſtändniß unter die Beweismittel zu zählen ſei?

Im Civilprozeſſe iſt man ſo ziemlich einig darüber, daß das Geſtändniß kein Beweismittel, ſondern vielmehr gerade das Gegentheil, eine Erklärung des Beklagten[42]) ſei, wodurch er dem Kläger die Beweislaſt erſpart. Es beruht hier, wie geſagt, Alles auf dem Grundſatze des Verzichtes und des Vergleiches; mithin kann auch ein Verklagter, der ganz und gar mit Unrecht belangt iſt, die Forderungen alle zugeſtehen, ſei es, um einem läſtigen Streite auszuweichen, oder um dem Gegner auf mittelbare Weiſe ein Geſchenk zu machen. Anders iſt es, wenn der Beklagte Widerſpruch einlegt, und eine förmliche Beweisführung beginnt. Alsdann muß ſich der Kläger, ſo wie auch der Beklagte, wenn er Gegenbeweis führt, der geſetzlich vorgeſchriebenen Beweismittel bedienen, und es werden nicht nur keine Anderen zugelaſſen, ſondern der Richter hat auch die Pflicht, den Gehalt der vorgeſchlagenen Beweismittel zu prüfen und ſie von Amtswegen zu verwerfen, wenn er ſie als unzuläſſig oder unerheblich erkennt[43]); denn das Gericht darf nicht dazu miß-

---

42) Martin, Lehrb. des Civilprozeſſes, 12. Aufl., §. 128, hat die Lehre vom Bekenntniſſe unter der Abtheilung: Von den Prozeßhandlungen in ihrer Verbindung unter einander vorgetragen. Man darf wohl annehmen, daß in der Praxis dieſe Anſicht faſt durchgängig recipirt iſt. Linde, Lehrb. des Civilproz., 5. Aufl., §. 256, ſtellt zwar das Geſtändniß unter die Beweismittel, welche eine Beweisführung nicht nothwendig vorausſetzen (vgl. §. 253) und ihm ſtimmt auch bei Bethmann-Hollweg, Verſuche u. ſ. w. S. 258; allein es widerſtreitet dieſe Categorie offenbar dem Weſen des juriſtiſchen Beweiſes. Nur derjenige, dem man eine Behauptung nicht glaubt, kann in der Lage ſein, Beweiſe beizubringen. Dieſe Perſon iſt der Kläger nur alsdann, wenn ihm Widerſpruch entgegengeſetzt wird. Erfolgt aber ein Zugeſtändniß, ſo hat er lediglich Nichts zu beweiſen, ſondern er bittet, den Beklagten auf den Grund ſeiner eigenen Erklärung zu verurtheilen. Dieſer Grund iſt alſo kein Beweisgrund, vielmehr ein Entſcheidungsgrund; er iſt ein Grund, das Beweisverfahren gänzlich zu umgehen. Vgl. auch Gönner, Handbuch des gem. Proz. Bd. 2, S. 368.

43) Cap. 1. X. de except. (2. 25.) So gut als der Richter eine offenbar unſtatthafte Klage ohne Anhörung des Gegentheiles verwerfen kann, muß er auch eine offenbar form- und zweckloſe Beweisantretung ſofort zurückweiſen dürfen, und es dürften daher Martin, Lehrb. §. 199 (188) und Linde, Lehrb. §. 250, zu weit gehen, wenn ſie dieß Letztere nur auf das Vorbringen von Beweiseinreden zulaſſen wollen.

braucht werden, daß man vor ihm einen Prozeß auf beliebige formloſe Manier führe.

Viel weiter geht aber noch die Richterpflicht im Criminalprozeſſe. Nicht nur die Form und die Natur der zu Tage kommenden Beweiſe hat er hier einer ſtrengen Kritik zu unterwerfen, ſondern er ſoll ſich, zumal unter der Herrſchaft des Inquiſitionsprincipes, immer weſentlich an die Perſon des Angeſchuldigten halten und von ihm[44]) diejenige Aufklärung über die zu erforſchenden Thatſachen zu erlangen ſuchen, wodurch alle weitere Beweisführung entbehrlich gemacht werden könnte. Materielle Wahrheit iſt das einzige Ziel der Unterſuchung, und wo dieſe über innere Vorgänge, wie z. B. den Antrieb zur That, den Seelenzuſtand und die Zurechnungsfähigkeit, hergeſtellt werden ſoll, kann begreiflicher Weiſe kein Weg ſicherer dazu führen, als unmittelbare Verſtändigung mit dem fraglichen Subjecte. Iſt nun aber der Vernehmlaſſung des Angeklagten hier ein ſo bedeutender Werth beigelegt, ſo muß es ſofort klar ſein, daß man nicht, wie im Civilprozeſſe, mit einer offenbar unwahren Erklärung, ob ſie auch ein Geſtändniß enthalte, zufrieden ſein kann, vielmehr die Glaubwürdigkeit[45]) vorzugsweiſe prüfen muß. Ein Geſtändniß, welches einen der nachher aufzuzählenden Fehler hat, ein Geſtändniß, welches nicht in der Abſicht, zu geſtehen, abgelegt iſt, kann zum Criminalbeweiſe nimmermehr gebraucht werden, wenn auch der Angeklagte auf alle Einwendungen verzichten ſollte: denn es kann ja nicht der materiellen Wahrheit zur Grundlage dienen, und eine Uebereinkunft über letztere iſt doch überall nicht denkbar.

Hieraus ergibt ſich, daß das Geſtändniß im Criminalprozeſſe auf jeden Fall zu den Beweismitteln[46]) zu zählen iſt.

II. Ein Geſtändniß in Strafſachen[47]) muß, um vollbeweiſend[48]) ſein zu können, in Gemäßheit der ſo eben vorausgeſchickten Bemerkungen,

44) Hier hat man es zunächſt mit dem Menſchen, dort aber mit Sachen zu thun. Die Individualität und der Charakter des Beklagten ſind daher dem Civilrichter ganz gleichgiltige Momente. Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 150.

45) S. Mittermaier, Lehre vom Beweiſe §. 33, beſonders aber Stübel, über den Thatbeſtand der Verbrechen §. 167—174.

46) Unter dieſen wird es auch, faſt ohne Ausnahme, in den neueren Lehrbüchern des Strafverfahrens aufgeführt, namentlich von Mittermaier, Henke, Abegg und Müller.

47) Die hierher gehörigen Schriften ſ. bei Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes (Stuttg. 1838), S. 1079—1084, beſonders aber Tabor, de confessionibus. Giess. 1667. Tittmann, über Geſtändniß und Widerruf in Strafſachen. Halle 1810. Geib, de confessionis effectu in proc. crim. Rom. (Turici 1837.) und Mittermaier, Lehre vom Beweiſe im Strafprozeſſe §. 31—37.

48) Eine ſehr vollſtändige und zugleich kritiſche Zuſammenſtellung der Beſtimmungen aller älteren und neueren Geſetzbücher über die Bedeutung und die Erforderniſſe des Geſtändniſſes findet man bei Zachariä, Grundlinien des Criminalprozeſſes S. 198—213. Vgl. auch hinſichtlich der öſterreichiſchen Geſetzgebung Kitka, Beweislehre im öſterr. Criminalproz. (Wien 1841), §. 13—23.

1) die Eigenſchaft der inneren Wahrſcheinlichkeit[49]) haben. Dieſes begründet weiterhin folgende Erforderniſſe:

a) Die Angaben des Inculpaten müſſen von der Art ſein, daß man ſich nach den Geſetzen der Natur mindeſtens die Möglichkeit der erzählten Thatſachen denken kann. Wenn z. B. ein Menſch, der 4 Stunden vom Orte der That entfernt wohnt, und um die Zeit der That von vielen Zeugen noch zu Hauſe geſehen wurde, ſo verdient es wenig oder gar keinen Glauben, daß er behauptet, eilenden Schrittes in einer halben oder Viertelſtunde an jenen anderen Ort gekommen zu ſein und die That verübt zu haben: denn es kann ſelbſt der beſte Läufer ſo Erſtaunliches nicht bewerkſtelligen.

b) Das Geſtändniß muß auf reinen Thatſachen[50]) und nicht auf Schlüſſen und Vermuthungen beruhen[51]). Die aufrichtigſten Inculpaten täuſchen ſich oft ſelbſt über den Zuſammenhang der Dinge. Sie geben, wenn ſie ſich einmal vorgenommen haben, offenherzig zu ſein, auf jede Frage Auskunft, und wenn ſie ſich nicht recht erinnern können, ſo ſagen ſie eben, was ihnen gerade in den Sinn kommt. Ein erfahrener Inquirent wird unſchwer die Verlegenheit und Unſicherheit unterſcheiden können, welche ſich in ſolchen Augenblicken zu erkennen gibt, und am beſten iſt es dann, immer auch zu fragen, auf welche Weiſe der Inculpat dergleichen Umſtände wahrgenommen habe; überhaupt wird derjenige, der etwas Erſonnenes als erlebte Thatſache ausgibt, gewöhnlich nicht im Stande ſein, ſich recht ausführlich darüber zu äußern.

c) Es iſt ſchon erwähnt worden, wie manchmal Geſtändniſſe aus ganz anderen[52]) Motiven, als denen des Schuldbewußtſeins und der Aufrichtigkeit abgelegt werden und dieſes kommt insbeſondere im Unterſuchungsprozeſſe ziemlich häufig vor. Leute, die Jahrelang in Strafanſtalten waren und bei denen das Ehrgefühl ſo abgeſtreift iſt, daß ſie ſich nur ein bequemes Leben zum Ziele ihrer Wünſche ſetzen, ſind oft wahrhaft unglücklich, wenn ſie eine Strafe verbüßt haben und aus dem Zuchthauſe ſcheiden müſſen. Werden ſolche alsdann wegen eines Verbrechens, wobei der Thäter noch unbekannt iſt, als allgemein verdächtig vernommen, ſo halten ſie es für eine gute Gelegenheit, um ſich zur Wiederaufnahme in der Strafanſtalt zu qualificiren, zumal wenn das

---

49) Mittermaier a. a. O. §. 33 und derſelbe, teutſches Strafverfahren Th. 2, S. 252.

50) Darauf geht offenbar auch die Abſicht der p. G.-O., wenn dieſelbe Art. 54 ſagt: ſo eyner anzeigt die Maß und Form der miſſethat und ſich dieſelben umbſtende alſo erfinden, ſo iſt darauß wol zu merken, daß der gefragt die bekannte miſſethat gethan hat, ſonderlich ſo er ſolch umbſtende ſagt, die ſich inn der Geſchicht haben begeben, die keyn unſchuldiger wiſſen kann. Vgl. Tittmann a. a. O. S. 8. Mittermaier, Strafverf. Th. 2, S. 250.

51) Müller, Lehrbuch des Criminalproz. S. 211, Anm. 16.

52) Kitka, über die Erhebung des Thatbeſt. §. 39. Hudtwalker, Crimin. Beiträge Bd. 1, S. 138. v. Feuerbach, Darſtellung merkw. Criminalfälle Bd. 1, S. 245, Bd. 2, S. 449. Annalen der badiſchen Gerichte Jahrg. 1, Nr. 8.

Ortsgerücht die weſentlichen Umſtände der That ihnen ſchon zu Ohren gebracht hat. Aber auch aus anderen Gründen können falſche Geſtändniſſe vorkommen, z. B. aus Lebensüberdruß, um zum Tode oder doch in eine abgeſchloſſene Zelle gebracht zu werden, oder aus Schwärmerei, um einem Verwandten oder Freunde, der das Verbrechen verübte, aus der Noth zu helfen, oder aus Schlauheit[53]), um ſich hinſichtlich einer anderen Unterſuchung, wo der Inculpat der wahre Thäter iſt, aber leugnet, mehr Glauben zu verſchaffen, oder endlich aus Bosheit, um Feinde als vorgebliche Mitſchuldige in Strafe zu bringen.

2) Das Geſtändniß muß, theils aus eben denſelben Bedenklichkeitsgründen, theils auch, weil die richterliche Prüfung mit unzureichendem Material ſich nicht begnügen darf[54]), ausführlich und umſtändlich ſein[55]). Wenn der Inculpat auf jede Frage zur Antwort gäbe: Ich habe es gethan; ich will es gethan haben; ich bitte um eine gnädige Strafe u. dgl., ſo wäre damit kaum etwas anzufangen, wenn nicht etwa der Zufall will, daß aus anderen Beweismitteln ſchon eine Ueberführung hervorgeht: denn der Richter iſt ja wirklich nicht im Stande, aus ſo vagen Aeußerungen[56]) für eine juriſtiſche Ueberzeugung irgend etwas abzuleiten. Wenn Jemand im allgemeinen eine Schuld auf ſich nimmt, ſo iſt ja damit gar nicht außer Zweifel geſtellt, daß er daſſelbe Verbrechen im Sinne habe, welches den Gegenſtand der Unterſuchung bildet; wäre dieſes aber auch wirklich der Fall, ſo könnte die That auf eine weit gelindere oder ſträflichere Art vor ſich gegangen ſein[57]), als man nach den Acten etwa vermuthen darf. Eine nackte Thatſache, ohne alle Erläuterung, z. B.: Ich habe dem B. Gift gegeben; ich habe einen Thaler nachzumachen verſucht; ich habe jenes Haus angeſteckt — eine ſolche Thatſache kann ja unmöglich die Frage über die factiſche und rechtliche Imputation zu löſen geeignet ſein, wenn auch der Thatbeſtand an ſich bis zur Wahrſcheinlichkeit hergeſtellt wäre. Wer ſagt uns denn, daß das tödtliche Ingrediens mit dem Bewußtſein, daß es Gift ſei[58]), eingeſtreut wurde; wer ſagt uns, daß der Thaler in betrügeriſcher Abſicht verfertigt worden ſei, und

53) v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Unterſuchungskunde Bd. 2, Nr. 203.

54) Vgl. Note 50 und Art. 60 der p. G.-O.

55) Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. 4, S. 476, bemerkt in dieſer Beziehung: Die Beſtimmtheit und Umſtändlichkeit des Bekenntniſſes iſt erforderlich, weil nur dadurch es möglich wird, ſich ſowohl von der Ernſtlichkeit, als auch von der Wahrhaftigkeit deſſelben genügend zu überzeugen.

56) Tittmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. 3, S. 479, erinnert hierbei: Sprachrichtiger Worte bedarf es hierbei gerade nicht, wenn nur des Zuſammenhanges und der vorhandenen Umſtände wegen kein Zweifel über ihre Bedeutung vorhanden iſt.

57) Kleinſchrod, Entwickelung der Grundbegriffe des peinl. Rechtes Th. 1, S. 165 flg.

58) Wenn es an dieſem Moment fehlt, ſo kann noch eine ſträfliche Fahrläſſigkeit übrig bleiben. Abegg, Lehrb. der Strafrechtsw. S. 337. Ein Beiſpiel ſ. bei v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Unterſuchungskunde Bd. 2, Nr. 28.

wer kann es, außer dem Inculpaten, wiſſen, ob er die Feuersbrunſt vielleicht nur aus Fahrläſſigkeit[59]), oder durch einen unglücklichen Zufall veranlaßt habe?

Es gehört alſo zur vollen Beweiskraft des Geſtändniſſes das Eingehen des Inculpaten in alle Einzelheiten und Nebenumſtände. Der Inquirent kann hierzu durch zweckmäßige Fragen allerdings viel beitragen; aber ein verſtocktes Gemüth nimmt ſich oft vor, ſich unter keiner Bedingung tiefer einzulaſſen, und alsdann hat alle Kunſt nothwendig ein Ende.

3) Daß ein Geſtändniß nur dann als förmliches Beweismittel dienlich iſt, wenn es vor dem zuſtändigen Richter abgelegt wurde, verſteht ſich wohl von ſelbſt; ein gerichtliches Geſtändniß muß es ſein, wenn es unter den Begriff eines ſolchen im engeren Sinne fallen ſoll: ein außergerichtliches Geſtändniß, d. h. ein ſolches, das nicht vor einem ſtrafrichterlichen[60]) Beamten abgelegt wurde, kann gar nicht als Geſtändniß in der juriſtiſchen Bedeutung geltend gemacht werden, ſondern es liefert, wenn es bewieſen iſt, ein ganz anderes Beweismittel, nämlich eine Anzeigung[61]), ein Indicium. Wenn man dieſen Unterſchied feſthält, ſo wird man nicht, wie es zuweilen in der Praxis geht, in Gefahr kommen, ein außergerichtliches Schuldbekenntniß als ein Geſtändniß zu behandeln, und ſelbſt dann, wenn der Inculpat daſſelbe auf gerichtlichen Vorhalt als wahr zugibt, wird es dadurch nicht zum Range eines Geſtändniſſes erhoben, ſondern es liegt dann eine durch Geſtändniß erwieſene Anzeigung vor.

Die Gründe hiervon ſind hauptſächlich folgende.

Nicht Jedermann, und am wenigſten ein Nichtjuriſt, kann die Erforderniſſe eines beweislichen Geſtändniſſes gehörig kennen und beurtheilen[62]); nicht allen Menſchen, die keine ſpecielle Pflicht der Beurkundung

---

59) Gerade das wichtigſte Moment, die Willensbeſchaffenheit, kann, wie oben Note 17, 23 ſchon erwähnt wurde, nur aus dem Munde des Thäters mit Sicherheit ermittelt werden, und wenn ein Geſtändiger hierüber keinen Aufſchluß geben will, ſo liegt Grund vor, die Ernſtlichkeit ſeines Geſtändniſſes oder doch die Aufrichtigkeit und Reumüthigkeit zu bezweifeln. Vgl. übrigens Tittmann, über Geſtändniß und Widerruf §. 3.

60) Es ſoll hiermit der Gegenſatz von civilrechtlichen Verhandlungen ausgedrückt werden, welche, wenn ſie ein Geſtändniß über eine unrechte That enthalten, um Nichts mehr als ein gar nicht vor Gericht abgelegtes Geſtändniß beweiſende Kraft haben; ſie gelten alſo für den Strafrichter als gleichbedeutend mit außergerichtlichen Geſtändniſſen; welches davon herrührt, weil ein Geſtändniß in Civilſachen in der Regel aus ganz anderen Motiven als ein Geſtändniß in Criminalſachen abgelegt wird. Auf die Motive aber, auf die Uebereinſtimmung der Handlungen mit den Gedanken und Gefühlen kommt bei den ſtrafprozeſſualiſchen Erklärungen Alles an. Kleinſchrod, im (Alten) Archiv des Criminalrechtes Bd. 4, §. 15. S. auch Clarus, sent. quaest. 54. n. 5. Tittmann, über Geſtändniß u. ſ. w. §. 15.

61) Mittermaier, teutſches Strafverf. Th. 2, S. 256. P. G.-O. Art. 32.

62) Alle die bisher aufgeführten poſitiven und negativen Erforderniſſe müßte ein außergerichtliches Geſtändniß haben, wenn es mehr als eine Inzicht,

übernommen haben, kann es am Herzen liegen, die Aeußerungen eines Verdächtigen ſo genau zu beachten und aufzufaſſen, daß ſie nachträglich dieſelben Wort für Wort oder doch ihrem ganzen Sinne nach wiedererzählen könnten; niemals iſt aber einem Bekenntniſſe, welches Privatperſonen gegenüber abgelegt wurde, diejenige Ernſtlichkeit[63]) zuzutrauen, welche ihm allein vor dem Richter Werth verleihen könnte.

Man ſollte hiergegen erwiedern, daß es doch möglich ſei, daß ein ſolches Bekenntniß nicht minder offen, ja noch offener, als dasjenige vor dem Richter, gemeint ſein könne; denn es iſt nicht die Sache des Richters, mit Möglichkeiten[64]) ſich abzugeben, und bei der Geſetzgebung entſcheidet zunächſt dasjenige, was der menſchlichen Natur am meiſten entſpricht, und die Vermuthung ſpricht gewiß gegen die Beweislichkeit eines außergerichtlichen Geſtändniſſes.

Zweifelhafter wird die Sache, wenn ein Angeſchuldigter wohl vor einer öffentlichen Behörde, aber nicht vor dem competenten Unterſuchungsgerichte ein Geſtändniß abgelegt hat.

Vor allem muß man hier feſthalten, daß ein ſolches Geſtändniß kein außergerichtliches iſt, es müßte denn gerade vor einer Verwaltungsbehörde abgelegt ſein. War dieſelbe ein Polizeiamt[65]), ſo kommt es noch darauf an, ob dieſes mit der Criminalpolizei beauftragt iſt, in welchem Falle es gewiß keine rechtsungiltige Acte aufnimmt[66]), ſo lange es nicht ſeine Thätigkeit über die Kundſchaftserhebung hinaus erſtreckt. Wird ihm aber von einer ſummariſch befragten Perſon ein Bekenntniß der That angetragen, ſo wäre es wohl thöricht, ſolches aus Mangel an Competenz zurückzuweiſen: denn es läßt ſich ja mit gutem Grunde ſagen, daß der Verbrecher die Competenz[67]) der Polizeibehörde durch den unaufgeforderten Uebergang zu einem Geſtändniſſe anerkannt habe.

Aber auch Geſtändniſſe, die von einer nicht zuſtändigen Criminal-

---

wenn es etwa ein halber Beweis ſein ſollte. Wer wird aber bei der Ablegung eines ſolchen Bekenntniſſes eine ſo ſtrenge Controle führen?

63) Die Ernſtlichkeit eines Geſtändniſſes kann eigentlich nur daraus geſchloſſen werden, daß es vor dem Unterſuchungsrichter abgelegt wurde. Abegg, Lehrbuch des Criminalprozeſſes S. 177. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, S. 473.

64) Hierüber iſt vorzüglich nachzuleſen: Bauer, in der Zeitſchrift für teutſches Strafverfahren, herausgegeben von v. Jagemann und Nöllner Bd. 2, S. 64.

65) Das iſt: eine durch einen Rechtsgelehrten verſehene Stelle; nicht aber, wenn der Functionär ein Empiriker, ein geweſener Officier, Scribent, überhaupt ein gewöhnlicher Polizeicommiſſär iſt, wie es z. B. in Preußen oft vorkommt.

66) Mittermaier, teutſches Strafverf. Th. 2, S. 257, äußert zwar das Bedenken: daß die oft nicht ſehr vorſichtige Verhörsweiſe der Polizeibeamten erhebliche Zweifel begründe, ob das Geſtändniß ernſtlich ſei. Allein dieß paßt wohl nur auf die in der vorhergehenden Note bezeichneten Verwaltungsbeamten im ſtrengſten Sinne.

67) Wie weit dieſelbe in Criminalpolizeiſachen gehe ſ. bei Bauer, Lehrb. des Strafprozeſſes S. 5 und Mayer, das Strafverfahren der Polizeibehörden in Württemberg (Ulm 1842), §. 186—216.

behörde veranlaßt wurden, können unter gewiſſen Umſtänden Beweiskraft haben[68]). Hat ſich ein Inquirent aus ſpecieller Verfolgungsſucht in die Sache gemiſcht, ſo haben natürlich ſeine Handlungen überall die Vermuthung gegen ſich, und ein vor ihm abgelegtes Bekenntniß würde vor dem Richter gar keinen juriſtiſchen Werth haben.

Hat aber das incompetente Gericht in gutem Glauben gehandelt, oder hat ſich der Thäter freiwillig vor dem ihm zunächſt liegenden Inquiſitoriate gemeldet, um eine Selbſtanklage vorzubringen, ſo wäre es gewiß eine unverzeihliche Pedanterie, wenn man dergleichen Geſtändniſſe ignoriren wollte: denn gerade das Princip der materiellen Wahrheit würde darunter leiden, wenn man ſolche Aeußerungen des aufrichtigen Gemüthes, die in unverdächtiger Stimmung gemacht wurden, für unverbindlich erklären wollte[69]). Nur darauf kommt es dann noch an, ob die gehörigen Formen gewahrt worden.

Ausnahmsweiſe können ſogar Bekenntniſſe, die vor Verwaltungsbehörden abgelegt worden, die Bedeutung gerichtlicher Geſtändniſſe erlangen; alsdann nämlich, wenn die Behörde die vorgeſetzte Dienſtſtelle eines angeklagten Beamten iſt. Insbeſondere kommt dieſes bei Rechnungsprozeſſen[70]) vor. Ein dienſtpolizeiliches Verfahren[71]) muß immer voran gehen, wenn ein Staatsdiener in Unterſuchung gezogen werden ſoll, und er darf nicht eher vor den Richter geſtellt werden, bis das betreffende Miniſterium ſolches ausgeſprochen hat. Welchen Sinn und welche Bedeutung ſollte nun ein ſolches Vorverfahren haben, wenn es nicht eine Grundlage zu dem Criminalverfahren geben ſollte? Sind alſo Geſtändniſſe dabei vorgekommen, ſo müſſen ſie auch verbindliche Kraft haben.

4) Noch pflegt man zu unterſcheiden das ausdrückliche und das ſtillſchweigende[72]) Geſtändniß. Das erſtere iſt dasjenige, welches vor dem Richter in beſter Form Rechtens abgelegt wurde, und das letztere iſt ein aus dem Ausbleiben des perſönlich oder edictaliter Geladenen gefolgertes. Ueber jenes iſt nichts Weiteres zu ſagen, über dieſes aber muß vor allem bemerkt werden, daß es mit dem oben aufgeſtellten Grundſatze der materiellen Wahrheit in entſchiedenem Widerſpruche ſteht. Wie kann man eines Theils verlangen, daß die Richter Niemand verurtheilen, der nicht mit ſeiner Entſchuldigung gehört wurde, und anderen Theils geſtatten, einen Angeklagten, der gar nicht vor Gericht erſchienen iſt, mit Strafe zu belegen? Eine Perſon, die der Ladung nicht Folge leiſtet, kann

---

68) Tittmann, Strafrechtsw. Bd. 3, S. 481.

69) S. beſonders preuß. Criminalordn. §. 22, 23, und Alker, Handb. des preuß. Criminalproz. (Berlin 1842), Th. 1, §. 69.

70) Mayer a. a. O. §. 211, 217.

71) Heffter, im Archive des Criminalrechtes Bd. 13, S. 163. Großh. heſſiſche Dienſtpragm. §. 23. Badiſches Geſetz über die Rechtsverh. der Staatsdiener v. 30. Jan. 1819, §. 16.

72) Darunter verſteht man ein in Folge eines Contumacialverfahrens fingirtes Geſtändniß. Vgl. beſ. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 4, §. 139.

und muß, wenn ſie irgendwo zu finden iſt, zwangsweiſe vorgeführt[73]) werden. Gelingt es aber gar nicht, ſie ausfindig zu machen, oder ihrer habhaft zu werden, ſo kann nichts daraus folgen, als daß die Behörden im concreten Falle nicht mächtig genug ſind, ihre Aufgabe zu erfüllen, und den Nachtheil davon hat nicht die in Verdacht geſtellte Perſon, ſondern die Strafjuſtiz[74]) zu leiden und ſie kann ſich nur die Aburtheilung auf den Fall vorbehalten, daß innerhalb der Verjährungsfriſt der Angeſchuldigte noch irgendwo ergriffen werde. Wenn ſich deſſen ungeachtet in manchen Ländern eine Fiction des Geſtändniſſes und ein darauf gebautes Contumacialurtheil durch Gerichtsgebrauch oder durch Geſetze[75]) eingeſchlichen hat, ſo kann man doch nimmermehr zugeben, daß ſolches gemeinrechtlich ſei[76]).

Anders iſt es freilich im Anklageprozeſſe, weil dieſer dem Civilverfahren nachgebildet iſt. Der Grundſatz des Verzichtes wird analog angewendet; er läßt ſich auch hier eher, als bei dem Inquiſitionsprincipe durchführen, weil man ein beſtimmtes Subſtrat hat, auf welches die Geſtändnißfiction gebaut werden kann, nämlich die Anklage des Staatsanwaltes[77]). Dagegen möchte man wohl fragen, wie im teutſchen Strafprozeſſe ein ſtillſchweigendes Geſtändniß conſtruirt werden ſoll.

Wollte der Unterſuchungsrichter zu dieſem Zwecke eine Anklage erheben, ſo würde er ganz aus der Rolle fallen. Es iſt etwas ganz Anderes, die Intereſſen des Geſetzes und der Gerechtigkeit zu vertreten, und eine förmliche Anklage zu übernehmen; denn dadurch erſt entſteht die parteiliche Einſeitigkeit[78]), welche ein Richter unbedingt zu vermeiden hat. Auch der Ausweg genügt nicht, daß man den Prozeß wieder aufnehmen will, wenn der als ungehorſam Verurtheilte ſpäter doch perſönlich vernommen werden könnte. Denn alsdann ſpricht der Geſetzgeber mittelbar

---

73) Auch Realladung genannt. Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 73.

74) Leider laſſen ſich oft practiſche Juriſten durch die Rückſicht auf die öffentliche Sicherheit und auf den clamor publicus zu gewiſſen, an ſich unerlaubten Schritten beſtimmen; es iſt aber die Strafjuſtiz nicht die Dienerin der Polizei. Mittermaier, die Strafgeſetzgebung in ihrer Fortbildung (Heidelberg 1841), §. 24.

75) Vgl. preußiſche Criminalordn. §. 580 flg. und allg. Landr. Th. 2, Tit. 20, §. 99, 103, 673, 1456. Bayer'ſches Strafgeſetzb. Th. 2, Art. 421 flg. Oeſterreich'ſches Geſetzb. über Verbr. §. 497—499. Hannov. Entw. Art. 338.

76) S. Martin, Lehrbuch des Criminalprozeſſes §. 82: Vom Ungrunde fingirter Criminalbekenntniſſe.

77) Hepp, die Anklageſchaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverf. (Tübingen 1842), §. 6, 7.

78) Leue, der Anklage- und Unterſuchungsprozeß S. 109, meint zwar: daß eine Criminalunterſuchung ohne die verſteckte Grundlage des Anklageprozeſſes in der Wirklichkeit gar nicht beſtehen könne; — allein es iſt wohl zu unterſcheiden, daß der teutſche Inquirent, wenn er in der That auch die Anklage vertreten muß, immer zugleich verpflichtet iſt, den Unſchuldsbeweis von Amtswegen zu erheben.

ſelbſt aus, daß er dieſes Verfahren für ungenügend hält. Würde das fingirte Geſtändniß irgend einen Werth haben, ſo würde gewiß, nachdem die Richter ein ſolches angenommen, nichts Weiteres erforderlich ſein.

Blos in Polizeiſtrafſachen[79]) läßt ſich für ein Contumacialverfahren etwas ſagen. Es liegt hier faſt noch mehr im Intereſſe der Bürger, als der Gerichte, eine möglichſt kurze Procedur zu haben. Iſt eine Anzeige wegen Polizeifrevel gemacht, ſo iſt die Hauptſache nur, daß man dem Angezeigten Nachricht davon gibt, damit er ſich ſofort vertheidigen könne, wenn er Entſchuldigungsgründe zu haben vermeint; muß er aber, wie es meiſtentheils der Fall iſt, ſelbſt anerkennen, daß er ſich verfehlt hat, ſo iſt es ihm gewiß lieber, die Strafe kurzweg über ſich ergehen zu laſſen[80]), als die weitere Unannehmlichkeit zu haben, daß er vor Amt erſcheinen müßte. Solche Polizeierkenntniſſe haben ohnedieß einen mehr civilrechtlichen Charakter, indem der Hausherr für Familie und Geſinde einſtehen muß, weßhalb er ſelbſt, wenn er nicht eine Unterſuchung führen will, gewöhnlich am beſten thut, der Anzeige eines verpflichteten Mannes ohne Weiterungen Glauben beizumeſſen.

Es folgt alſo hieraus nichts gegen den oben aufgeſtellten Satz, daß fingirte Geſtändniſſe im Criminalgebiete verwerflich ſeien.

5) Noch hat man zu unterſcheiden zwiſchen dem vollkommenen oder unumwundenen und dem eingeſchränkten[81]) Geſtändniſſe (confessio pura et qualificata). Zu den größten Seltenheiten gehört ein Geſtändniß, welches die ganze Reihe der Thatumſtände, die den Gegenſtand der Anſchuldigung ausmachen, umfaßt, theils weil es kaum möglich iſt, daß ein Menſch alle Einzelheiten einer Handlung, die er immer im Zuſtande einer größeren oder geringeren Aufregung beging, ſich nach vielen Tagen oder Monaten noch ſo genau erinnern könne, daß er mit den Angaben unparteiiſcher Zeugen völlig übereinſtimme; theils aber auch, weil nicht leicht Jemand zu einer ſolchen Aufrichtigkeit ſich verſtehen kann, daß er eine verbrecheriſche Schuld ganz unbedingt auf ſich nähme. Iſt es auch nicht gerade der Hang zur Lüge, der zu theilweiſen Ableugnungen oder Ausreden führt, ſo iſt es die Wirkung des nie ganz zu unter=

---

79) Bender, Handbuch der polizeilichen Rechtspflege (Köln 1823), §. 213, 214. Rettig, die Polizeigeſetzgebung Badens, 3. Aufl. (Karlsruhe 1839), §. 1162.

80) Gewöhnlich werden in geringen Contraventionsfällen Straferkenntniſſe mit der Clauſel erlaſſen, daß dieſelben rechtskräftig würden, wenn der Angezeigte nicht binnen einer gewiſſen Friſt Einwendungen dagegen vorbringe. Dieß Verfahren iſt nach Analogie des Mandatsprozeſſes gebildet (mandatum cum clausula). Linde, Lehrbuch des Civilproz., 5. Aufl., §. 354, 359.

81) Borſt, über die Wirkung des beſchränkten Geſtändniſſes im Criminalprozeſſe. Im N. Archive des Criminalrechtes Bd. 1, S. 279 flg. Reyscher, Diss. de confessione limitata in causis crim. Tub. 1824. Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. §. 191. Werner, Handbuch des peinl. Rechtes Nr. CIV.

drückenden Selbſterhaltungstriebes, oder auch der Eitelkeit[82]) und Verſchämtheit[83]).

Daher kommt es, daß die geſtändigen Inculpaten gemeiniglich in Nebenpunkten von den Ausſagen der übrigen vernommenen Perſonen abweichen, oder der inneren Wahrſcheinlichkeit und den vorliegenden Indicien widerſprechen. Ganz beſonders findet man dieſe Erſcheinung in Bezug auf die innere Thatbeſchaffenheit. Selten wird ein Verbrecher den Grad von Verderbtheit oder Bosheit einräumen[84]), mit welchem das Verbrechen wirklich verübt wurde.

Die Aufgabe des Inquirenten beſteht alsdann darin, dem Inculpaten zu zeigen, wie aus anderen Umſtänden das Gegentheil von dem, was er angibt, hervorgeht, und wenn er hiergegen keine ſtatthaften Gründe vorbringen kann, ſo hat auch der Strafrichter nur nach dem nothwendigen Zuſammenhange der Umſtände zu urtheilen und dem Angeſchuldigten in den Entſcheidungsgründen zu erkennen zu geben, wie man an ein Geſtändniß weder zum Vortheile noch zum Nachtheile des Geſtehenden weiter gebunden iſt, als deſſen innere Wahrſcheinlichkeit es erlaubt und verlangt[85]).

Die Einſchränkung des Geſtändniſſes kann aber auch darin beſtehen, daß der offenen Angabe der That Einreden hinzugefügt werden, aus welchen eine gänzliche oder theilweiſe Entſchuldigung hervorgehen würde, wie z. B. die Einrede des Nothſtandes, der Nothwehr oder Trunkenheit. Es iſt eine heilige Pflicht des Unterſuchungsrichters, die hierauf bezüglichen Thatſachen ebenfalls zu erforſchen.

Irrig iſt daher die Anſicht, daß der Inculpat den Beweis ſeiner Einreden ſelbſtſtändig zu führen[86]) habe; allerdings hat er diejenigen Andeutungen zu machen, aus welchen die Wahrheit ſeiner Angabe zu conſtatiren ſein dürfte; aber die Sache des teutſchen Richters iſt es, nicht nur dieſe Andeutungen zu verfolgen, ſondern auch allen Fleiß aufzubieten, damit etwa durch anderweite Mittel die Wahrheit vollkommen herausgeſtellt werden könnte, wie z. B. bei der Einrede der Trunkenheit[87])

---

82) Wenn z. B. ein Menſch von bisher gutem Rufe einen Diebſtahl beging, ſo wird er die That auf jede Weiſe zu beſchönigen ſuchen, damit er ſich nicht ſelbſt der Verachtung preisgebe.

83) Eine gewöhnliche Erſcheinung beim Zugeſtändniſſe eines Fleiſchesverbrechens, beſonders bei der widernatürlichen Unzucht.

84) Borſt a. a. O. S. 288. **Reyscher** l. c. §. 20.

85) Quiſtorp, Grundſ. des peinl. Rechtes §. 683. **Matthaeus**, de criminibus Lib. 48. Tit. XVI. Cap. I. nr. 20. L. 7 u. 9. D. ad leg. Corn. de sicar. (48. 8.) L. 2—4. Cod. eod. (9. 16.)

86) Borſt ließ ſich, a. a. O. S. 285, durch ſeinen civiliſtiſchen Geiſt zu der, gewiß unrichtigen, Anſicht verleiten: Hinſichtlich der wahren (?) Einreden ſei es keinem Zweifel unterworfen, daß deren Beweis dem Angeſchuldigten eben ſo, wie im Civilprozeſſe dem Beklagten, obliege, daß ſie folglich, wenn ſie nicht ausgemittelt werden können, als unerwieſen zu verwerfen ſeien. Cf. **Reyscher** l. c. §. 30.

87) v. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Unterſuchungskunde Bd. 2, Nr. 223.

genaueſtens ausgekundſchaftet werden muß, in welchen Wirthshäuſern und Schenken der Inculpat am Tage der That ſich herumgetrieben, von wem er Getränke gereicht bekommen hat, und von welcher Quantität und Qualität dieſelben waren; woraus dann, nach gewöhnlicher menſchlicher Erfahrung, auf die damalige Geiſtesbeſchaffenheit des Inculpaten[88]) geſchloſſen werden kann. Es darf nie der Inquirent von Amtswegen eine Einrede verwerfen und ununterſucht laſſen. Iſt die Angabe auch noch ſo unwahrſcheinlich[89]), ſo muß man noch den Fall der Möglichkeit im Auge halten und nicht vergeſſen, wie das Princip der materiellen Wahrheit erfordert, daß man nicht blos Vermuthungen für und wider eine Angabe aus den Acten zu begründen, ſondern auch noch das Gegentheil einer unwahrſcheinlichen Vermuthung durch negative Beweiserhebungen darzuthun ſuchen muß. Die Sache des Spruchrichters iſt es alsdann, den Faden der Wahrheit herauszufinden.

6) Eine von Altersher vielfach und heftig beſtrittene Frage iſt die, ob das Geſtändniß für ſich allein auch den Thatbeſtand eines Verbrechens beweiſen könne[90]). Das Bedenken liegt darin, daß man eigentlich ein feſtes Fundament zur Unterſuchung ſchon haben muß, wenn man eine beſtimmte Perſon in den Stand der Anſchuldigung verſetzen will; d. h. es muß erſt objectiv eine Strafgeſetzübertretung, ein Verbrechen nachgewieſen ſein, ehe man deßhalb ein Subject verfolgen kann.

Offenbar rührt dieſes Bedenken nur von der ſcholaſtiſchen Eintheilung in General- und Specialunterſuchung[91]) her; man konnte ſich hierneben nicht recht vorſtellen, wie der Beweis für beide Abtheilungen in Eins zuſammenfließen könne. Denkt man ſich aber, wie es jetzt im gemeinen Rechte geſchieht, jede Unterſuchung als ein Ganzes, welches nur zufällig und je nach der Beſchaffenheit der Umſtände in Abſchnitte zerfällt, ſo wird man leicht über jene Schwierigkeit hinaus kommen. Es muß allerdings der Thatbeſtand ebenſo ſelbſtſtändig[92]), wie die Thäterſchaft hergeſtellt werden, aber es iſt gar nicht einzuſehen, warum die-

---

88) Friedreich, Syſtem der gerichtlichen Pſychologie, 2. Aufl. (Regensburg 1842), S. 505—533.

89) Mittermaier, Lehre vom Beweiſe S. 160, ſtellt ſogar die Behauptung auf: Es muß die Regel entſcheiden, daß auch ſchon die Wahrſcheinlichkeit des geführten Entſchuldigungsbeweiſes hinreiche, um das dem Angeſchuldigten günſtige Reſultat zu begründen.

90) Tittmann, über Geſtändniß und Widerruf §. 12. Stübel, über den Thatbeſtand der Verbrechen §. 314—335. Mittermaier, Strafverf. Th. 2, S. 164. Derſelbe, Lehre vom Beweiſe §. 35. Kitka, die Beweislehre im öſterr. Criminalprozeſſe (Wien 1841), §. 19.

91) Koch, inst. iur. crim. ed. VI. §. DCCLXXIX., z. B. ſagt: Scilicet sunt, qui adfirmant, generalem inquisitionem cessare, si quis crimen a se commissum cum omnibus circumstantiis sponte denunciaverit; at meo quidem iudicio sine fundamento.

92) So verordnet die preußiſche Criminalordn. §. 136: Der Thatbeſtand muß feſtgeſtellt werden, wenn auch der Verbrecher ein vollſtändiges Bekenntniß abgelegt hat. Vgl. auch öſterr. Geſetzbuch über Verbrechen §. 400.

ſer Beweis nicht eben ſowohl durch Ein gutes Beweismittel[93]), wie durch mehrere ſoll geliefert werden können.

Man nimmt oft keinen Anſtand, den Thatbeſtand und die Thäterſchaft durch die nämlichen Zeugen bewahrheiten zu laſſen; warum ſoll ein anderes Beweismittel, das Geſtändniß, welches doch ſonſt die regina probationum[94]) genannt wird, dazu untauglich ſein[95])? Wohl kann man nicht behaupten, daß der Thäter irgend verpflichtet ſei, über den Thatverhalt, ſo weit ihn der Richter noch nicht kennt, Aufſchluß zu geben: wenn er es aber dennoch freiwillig thut, ſo kann man nur ſeine Aufrichtigkeit loben, aber gewiß nicht als unſtatthaft zurückweiſen. Nur das Eine iſt richtig, daß ein Beweis, der lediglich auf Geſtändniß beruht, bei der Prüfung doppelte Vorſicht in Anſpruch nimmt, zumal wenn eine Selbſtanklage vorliegt; und zwar aus den Gründen, welche ſchon oben auseinandergeſetzt wurden. Es könnte ja ſein, daß der Inculpat entweder nur aus Ueberdruß an der Unterſuchung oder um eine erwünſchte Strafe zu erleiden, Verbrechen angibt, die gar nicht geſchehen ſind[96]), oder ſeine Phantaſie malt ihm dergleichen als wirklich geſchehen vor[97]), und er kann ſelbſt daran glauben, wenn es gleich unwahr iſt. Daraus folgt aber weiter nichts, als daß ein Geſtändniß von dieſer Art von unterſtützenden Nebenumſtänden umgeben ſein muß, wobei namentlich auch der Charakter und Leumund des Angeſchuldigten[98]) in Betracht gezogen wird. Iſt derſelbe ein durchaus unbeſcholtener Menſch und tritt er nun mit einer Selbſtanklage hervor, die keine innere Wahrſcheinlichkeitsgründe für ſich hat, ſo wäre es unverantwortlich, darauf ein Straferkenntniß zu bauen.

Ganz willkürlich iſt die Unterſcheidung älterer Juriſten[99]), daß der Thatbeſtand von einem delictum facti transeuntis eher durch Geſtändniß bewieſen werden könne, als von einem delictum facti permanentis[100]).

---

93) Mit der größten practiſchen Einſicht führt dieſen Satz aus: Mittermaier, Strafverfahren Th. 2, S. 263.

94) Abegg, Lehrb. des Criminalproz. S. 171. Der Grund dieſes Rechtsaxioms wird gewöhnlich von dem Ausſpruche Seneca's hergenommen: Confessio conscientiae vox est. (Controv. VII, 3.)

95) Stübel, über den Thatbeſt. der Verbr. §. 321—324, 327.

96) v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Unterſuchungskunde Bd. 2, Nr. 83.

97) Ein ſehr intereſſantes Beiſpiel lieferte Soldan, in der Zeitſchrift für teutſches Strafverfahren Bd. 3, Nr. XVIII, wo von einer Inquiſitin erzählt wird, die ſich, in Folge vieler Suggeſtionen, zuletzt wirklich einbildete, eine Hexe zu ſein.

98) P. G.-O. Art. 25, 26, 28, 31, §. 4, Art. 32, 35, 41, 42, 143. Seuffert, in den Blättern für Rechtsanwendung in Bayern Jahrg. 1838, Nr. 111.

99) Matthaeus, de crim. Lib. XLVIII. Tit. 16. Cap. 1.

100) Stübel, über den Thatbeſtand der Verbrechen §. 216, hat unwiderlegbar nachgewieſen, wie die frühere Geſetzgebung, wenn ſie in dieſer Beziehung Beſchränkungen anordnete, heutzutage, nachdem die Tortur abgeſchafft iſt, nicht mehr zur Anwendung kommen könne. Denn nur die Beſorgniß, daß ein erpreßtes Geſtändniß, wenn es kein weiteres Fundament hat, unzuverläſſig ſein möchte, konnte jene Beſchränkungen herbeiführen.

Eine ſolche Bedenklichkeit beruht ganz und gar nicht auf wiſſenſchaftlichen Gründen, ſondern nur auf Zufälligkeiten. Die Wahrheit einer criminellen Thatſache kann gewiß nicht davon abhängig gemacht werden, daß das Verbrechen einmal mit Hinterlaſſung von äußeren Spuren und das andere Mal ohne ſolche in Erſcheinung tritt. Leichter wird die Beweisführung natürlich im erſten, als im zweiten Falle; leichter iſt ſie z. B. in Verwundungsfällen, als bei Fleiſchesverbrechen[101]); wenn aber in dem einen Falle die Beweisführung eine ſorgfältigere Erforſchung der inneren Wahrſcheinlichkeit erfordert, als im anderen, ſo kann doch deßwegen gewiß nicht dem Geſtändniſſe in jenem Falle die Beweiskraft ganz entzogen werden.

7) Weit ſchwieriger als ſie iſt, pflegt man ſich ferner auch die Sache zu denken, wenn ein Widerruf des Geſtändniſſes[102]) erfolgt. War daſſelbe an und für ſich unhaltbar, ſo hat es überhaupt nicht viel zu bedeuten, ob der Inculpat dabei ſtehen bleibt oder nicht. Im Gegentheile gibt es ſogar Fälle, wo der Inquirent, als Erforſcher der reinen Wahrheit, auf den Widerruf hinwirken muß, nämlich bei falſchen Selbſtanklagen oder unüberlegten Zugeſtändniſſen.

Liegt jedoch ein glaubhaftes Geſtändniß vor, ſo kann man natürlich den Widerruf nicht gleichgiltig anſehen, und es gilt dann gleich, ob daſſelbe von anderen Beweismitteln unterſtützt iſt, oder für ſich allein ſteht: denn im Intereſſe der Wahrheit iſt es da wie dort von großem Belange, ſich zu überzeugen, ob wirklich der Angeſchuldigte mit Grund ſeine Unſchuld behaupten kann. Dieſes iſt der Hauptgeſichtspunkt, und es muß als eine von den vielen Verirrungen teutſcher Unterſuchungsrichter bezeichnet werden, wenn ſie bei eintretendem Widerruf immer von vornen herein eine Chikane unterſtellen[103]), welcher man mit aller Strenge, ja mit gerichtspolizeilichen Strafen begegnen müſſe[104]). Das Aeußerſte, was in Fällen, wo wirkliche Bosheit hervorleuchtet, zu rechtfertigen iſt, dürfte die Entziehung gewiſſer Vortheile ſein, die man einem Arreſtanten in Folge ſeines aufrichtigen Benehmens[105]) verſtattete, und zwar um ſo mehr, wenn ſolche nicht ſowohl als Belohnung, ſondern deßhalb eingeräumt wurden, weil man einen offenen reumüthigen Menſchen nicht ſo ſtrenge zu bewachen braucht, wie einen verſtockten und boshaften[106]).

---

101) Koch, inst. iur. crim. §. DCCXXI. Mittermaier, Strafverfahren Th. 2, §. 63. Vgl. auch Carpzov., pract. rer. crim. P. II. Quaest. LXXII. nr. 52.

102) P. G. = O. Art. 57. Crass, de confess. rei et revoc. confess. Amstelod. 1794. Tittmann, über Geſtändniß und Widerruf §. 17—29. Kleinſchrod, im N. Archive des Criminalrechtes Bd. 4, Nr. VIII, S. 194. Werner, Handbuch des peinlichen Rechtes §. 781.

103) Leue, der Anklage= und Unterſuchungsprozeß S. 111.

104) Ein Beiſpiel von hoher Wichtigkeit lieferte die neueſte Zeit in dem Prozeſſe gegen Jochim H. Ramcke; ſ. deſſen rechtliche Vertheidigung vom Adv. Gülich (Altona 1842), §. 31—34.

105) v. Jagemann, Handbuch Bd. 1, §. 194—196.

106) Der Schluß wird meiſtentheils richtig ſein, daß ein Subject von ſolcher Gemüthsart auch zu gewaltſamen Unternehmungen im Gefängniſſe

Das Verfahren gegen einen Widerrufenden beſteht aus zwei Haupttheilen; man hält ihn an, nachzuweiſen, aus welchen Gründen ſein früheres Geſtändniß abgelegt und wieder aufgegeben worden ſei, und alsdann muß man ihm noch die etwa vorliegenden Urſachen der Glaubwürdigkeit und des richterlichen Feſthaltens an dem Geſtändniſſe auseinander ſetzen. In dem erſten Stadium ſpielt der Inquiſit und in dem zweiten der Inquirent die Hauptrolle. Der erſtere hat zweierlei Wege, um ſeinen Plan durchzuführen; er kann das Geſtändniß in ſeinen Fundamenten erſchüttern, indem er zeigt, daß es abgenöthigt, oder in einem Zuſtande der Geiſtesverirrung[107]) abgelegt worden ſei. Will er einen Zwang beweiſen, ſo iſt er unverkennbar in einer ſchlimmen Lage[108]): denn er muß den Unterſuchungsrichter eines Amtsmißbrauches oder doch einer Ueberſchreitung der Dienſtgewalt anklagen, und da Niemand Anderes, als dieſer ſelbſt berufen iſt, Thatſachen jeder Art in ein klares Licht zu ſetzen, ſo kann der Inquiſit nicht zum Ziele kommen, wenn ihn nicht der Dirigent des Prozeſſes unterſtützt. Es geht aber wohl über die menſchliche Selbſtverleugnung hinaus, daß der eines Dienſtvergehens angeſchuldigte Beamte, wenn er wirklich nicht ganz rein in der Sache iſt, den Beweis ſo vollſtändig gegen ſich ſelbſt führen wird, als ein dritter Unpartheiiſcher es etwa vermöchte. Deßhalb ſollte in dergleichen Fällen immer[109]) ein anderer Unterſuchungsrichter committirt werden.

Der andere Weg, den der Inculpat verfolgen kann, iſt der, daß er nur einen Unſchuldsbeweis zu führen verſucht. Dazu muß ihm, wie ſich von ſelbſt verſteht, der Inquirent wieder eben ſo behilflich ſein, als er früher das Geſtändniß zu erſchöpfen und zu befördern ſuchte, und ſeien die neuen Angaben und Beweisgründe noch ſo unwahrſcheinlich, ſo darf

---

fähig ſei: denn wer ſeinem Richter frech und trotzig entgegentreten kann, der wird ſich um ſo weniger ſcheuen, die auferlegte Ordnung zu übertreten, wenn er nicht unmittelbar einer Gerichtsperſon gegenüber ſteht. Mächtig wirkt dazu immer noch der Freiheitstrieb mit. — Vgl. Kieſewetter, Erfahrungsſeelenlehre §. 363 und Roſenkranz, Pſychologie S. 213.

107) Leicht kann ein ſolcher Zuſtand den Inquirenten, beſonders wenn ſie, wie gewöhnlich, in der Criminalpſychologie wenig Kenntniſſe haben, ganz entgehen; oder es wird auch verſäumt, die bemerkten Spuren, wegen vermeintlicher Unerheblichkeit, zu den Acten zu bemerken; alsdann erſcheint die ſpätere Bezugnahme des Inculpaten auf vorhanden geweſene Seelenſtörung als eine Neuheit in den Acten, ohne es an und für ſich zu ſein. Mittermaier, Strafverfahren Th. 2, S. 271.

108) Nur wo ein öffentlich-mündliches Schlußverfahren ſtattfindet, kann dem Angeklagten eine Garantie gegen Bedrückungen und Mißhandlungen gegeben werden. Denn die Demüthigung für den Inquirenten, wenn er vor Richter und Volke eines ſolchen Vergehens angeſchuldigt zu werden Gefahr läuft, iſt zu groß, als daß er ſich nicht ſorgfältig davor hüten ſollte. S. v. Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit Bd. 1, S. 86—95.

109) Man wartet gewöhnlich ein Recuſationsgeſuch des Inculpaten ab; aber der Inquirent ſollte vielmehr, ſobald die Einrede der Nöthigung vorgeſchützt iſt, verpflichtet ſein, die Acten zur höheren Verfügung vorzulegen, gleichviel, ob jener es verlangt oder nicht. Vgl. Mittermaier, im N. Archive des Criminalrechtes Bd. 12, S. 502, 503, und Müller, Lehrbuch des Criminalproz. S. 81.

man ſich die Mühe nicht verdrießen laſſen; denn die Wahrheit, gegen welche der Inculpat etwa aufzukommen ſucht, wird doch am Ende immer wieder ſiegreich hervortreten.

Wenn dagegen der Inculpat, ohne alle Nebenbemerkungen, lediglich den Widerruf ſeines früheren Geſtändniſſes anzeigt[110]), ſo beginnt ſofort das Geſchäft des Inquirenten, welches dahin geht, daß durch Recapitulation der äußeren Anklagegründe und durch lögiſche Abſtufung und Steigerung derſelben[111]) dem Inquiſiten klar gemacht werde, daß er, ſeines jetzigen Leugnens ungeachtet, dennoch verdächtig oder ſogar überwieſen bleibe. Wenn es auf Indicienbeweis ankommt, ſo entſteht in dieſer Prozeßlage eine neue Schwierigkeit, welche mit derſelben Ausdauer überwunden werden muß, als wenn das Verfahren eben erſt mit einem Nichtgeſtändigen begonnen hätte. Man muß nämlich nun den Geſichtspunkt weſentlich ins Auge faſſen, daß der Angeſchuldigte, während er früher Alles ohne Widerſpruch hinnahm, in Folge der eingetretenen umgekehrten Stimmung leicht einzelne Beweismittel mit Grund bemängeln, ja ihre Glaubwürdigkeit zerſtören kann[112]).

Daneben iſt es immer die Pflicht des Inquirenten, dem Widerrufenden ſpeciell vorzuhalten, aus welchen Gründen etwa das frühere Geſtändniß mehr Glauben verdiene, als der Widerruf und warum überhaupt ein Widerruf, wenn er nicht auf irgend eine Weiſe wahrſcheinlich gemacht werde, vor dem Richter gar keine Beachtung[113]) zu erwarten habe. Dieß hat oft zur Folge, daß der Inculpat von ſeinem Widerrufe wieder abgeht, indem Manche ſich dem einfältigen Glauben hingeben, als bedürfe es nur der einfachen Revocation, um ein Geſtändniß unwirkſam zu machen.

Wenn übrigens der Widerrufende auch zum urſprünglichen Geſtändniſſe zurückkehrt, ſo darf ſich der Unterſuchungsrichter mit einer nackten Erklärung wieder nicht begnügen, ſondern er muß eine Wiederholung aller Hauptthatſachen[114]), die den Inhalt des Geſtändniſſes bilden ſollen, veranlaſſen: denn es kann nicht verkannt werden, wie ein Geſtändniß, nachdem es einmal widerrufen war, an ſeiner Glaubwürdigkeit immer einigermaßen gelitten hat, und es wird daher, um die vorige Beweislage

110) Martin, Lehrb. des Criminalproz., 4 Aufl., S. 207. Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. S. 213.

111) v. Jagemann, Handbuch Bd. 1, §. 426—437, Bd. 2, Nr. 237, 238.

112) Die Fehlerhaftigkeit einer Schlußfolge aus Indicien kann mitunter der ſchlichteſte Verſtand nachweiſen; am meiſten liegt es aber in der Willkür des Angeſchuldigten, Gründe anzuführen, wodurch gewiſſe Zeugen verdächtigt werden. Henke, Handbuch Bd. 4, §. 80.

113) Stübel, Criminalverfahren Bd. 2, §. 760. Tittmann, über Geſtändniß und Widerruf §. 19.

114) Es tritt gleichſam ein neues Geſtändniß damit ein und folgeweiſe muß daſſelbe auch alle Eigenſchaften eines primären Geſtändniſſes haben, wozu, wie oben ausgeführt iſt, beſonders Umſtändlichkeit und Beharrlichkeit gehören. Vgl. Kleinſchrod, im Archive des Criminalrechtes Bd. 4, S. 200.

ganz wiederherzuſtellen, erforderlich, daß das Geſtändniß, gleich als wäre es das erſte Mal, wieder abgelegt werde.

III. Das Geſtändniß in civilrechtlicher[115]) Beziehung iſt in dem Vorhergehenden nach den Hauptmerkmalen, wodurch es ſich vom Criminalgeſtändniſſe unterſcheidet, ſchon ins Auge gefaßt worden, und das Weſentlichſte dabei iſt, daß es dort mit der Verfügungsgewalt über Sachen und Rechte im engſten Zuſammenhange ſteht und es mithin, wegen des daraus abfließenden Grundſatzes des Verzichtes[116]), dem Richter ganz gleichgiltig ſein kann, ob das in einem Prozeſſe über Mein und Dein abgelegte Geſtändniß innere Wahrſcheinlichkeit habe oder nicht, weil er nicht berufen iſt, den Motiven nachzuforſchen, vielmehr den Streit ſofort als beigelegt anzuſehen hat[117]), ſo wie die der Klage zu Grunde liegenden Thatſachen zugeſtanden ſind, und wenn es verlangt wird, muß er darauf hin immer die Verurtheilung[118]) ausſprechen.

Es iſt einleuchtend, daß unter ſolchen Umſtänden eine Prüfung anderer Art von Amtswegen eintreten muß, nämlich über jene Frage: ob der geſtändige Beklagte über ſein Vermögen frei und willkürlich verfügen darf, und dieß iſt es, was man auch den Legitimationspunkt[119]) nennt.

Minderjährige, Ehefrauen und Entmündigte können kein verbindliches Geſtändniß ablegen[120]) und, wenn ſie gleichwohl es thun, ſo muß der Civilrichter erſt eine Erklärung derjenigen Perſonen, unter deren Gewalt ſie ſtehen[121]), veranlaſſen. Ferner aber darf auch der Gegenſtand, über welchen eine Partei durch Geſtändniß verfügt, kein ſolcher ſein, welcher der Privatwillkür entzogen iſt, alſo kein Gegenſtand

---

115) Die Literatur ſ. bei Linde, Lehrbuch des Civilprozeſſes, 5. Aufl., §. 256. Reibenstein, de conf. civ. Helmst. 1744. Kuhnert, de conf. praes. iudicial. in caus. civ. Erford. 1759. Pratobevera, Materialien für Geſetzkunde und Rechtspflege (Wien 1817), Bd. 3, Nr. 2.

116) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. 2, §. 119, 120.

117) Bei den Römern kam es, wenn der Beklagte ſofort geſtändig war (confessio in iure) gar nicht zum Prozeſſe, ſondern es erfolgte, nach Verlangen, unmittelbar darauf die Execution. S. Bethmann-Hollweg, Verſuche über die Theorie des Civilproz. S. 260—262. Mehr darüber noch unten a. E.

118) Ad renunciata non datur regressus (L. 11. C. de reb. cred. [4. 1.] c. 3. X. de renunc.). Mithin iſt mit der bejahenden Einlaſſung und dem Verzichte auf alle Einreden die Sache für immer abgethan. Linde, Lehrbuch §. 206, Nr. 3.

119) Danz, Grundſ. des ordentl. Proz., 5. Aufl., §. 124, 125, und Linde, Lehrbuch des Civilproz., 5. Aufl., §. 114—116.

120) Eben aus dem Grunde, weil ſie nicht frei disponiren und keinen Prozeß auf eigene Hand eingehen dürfen. L. 4. pr. de in ius vocando. (2. 4.) L. 1. §. 3. de postulando. (3. 1.) L. 9. de re iudic. (42. 1.) L. 48. de oblig. et act. (44. 7.) L. 1. §. 2. de administr. et periculo tut. (26. 7.) L. 40. 124. de reg. iur. (50. 17.)

121) Die Vormünder, Ehemänner und Curatoren. Dieſe und die erſteren können, nach neueren Verwaltungsgrundſätzen, auch wieder nicht ſelbſtſtändig Prozeſſe eingehen; ſie müſſen die Genehmigung der obervormundſchaftlichen Behörden einholen. Rettig, die Polizeigeſetzgebung Badens, 3. Aufl. (Karlsruhe 1839), §. 564.

des öffentlichen Rechtes und keine Sache, welche juriſtiſch außer Verkehr[122]) iſt.

Da es jedoch überall, wo eine Berechtigung zum Geſtändniſſe vorliegt, nicht darauf ankommt, zu wiſſen, ob der Beklagte aus eigener Wiſſenſchaft oder nur von Hörenſagen, oder vergleichsweiſe eine ſolche Erklärung abgibt, ſo iſt auch die Aufforderung dazu eine ganz andere, als im Criminalprozeſſe.

Während man hier äußerſt vorſichtig zu Werke geht und eine möglichſt originelle Ausſage zu erhalten ſucht und Thatſachen, die der Angeſchuldigte nicht aus freien Stücken angeben will, nur unter der Bedingung ihm vorhalten oder ſuggeriren[123]) darf, daß ſie bereits auf anderem Wege actenmäßig gemacht ſind, ſo wird dem Civilbeklagten der einſeitige, gänzlich unverkürzte Vortrag des Klägers, d. i. die Klagſchrift, zur Erklärung mitgetheilt, und hierauf muß nun der Beklagte Wort für Wort mit Ja oder Nein antworten. Dieß iſt es, was man in der Rechtsſprache die Einlaſſung (Litisconteſtation[124]), Kriegsbefeſtigung[125])) nennt. Das Augenmerk des Richters geht blos dahin, daß die Antwort vollſtändig ausfalle. Der gemeine Prozeß läßt auch eine allgemeine Bejahung des thatſächlichen Klagvortrages zu[126]) und fordert dagegen immer eine ſpecielle Verneinung[127]), gleichviel, ob der Beklagte den ganzen Vortrag oder nur einzelne Thatſachen ableugnen will, und zwar aus dem weiſen Grunde, weil hiernach die Beweislaſt des Klägers[128]) ermeſſen werden muß. Daſſelbe iſt es denn auch wieder mit der Antwort auf den Einreden- und Replikvortrag.

1) Gibt der Gegner gar keine Antwort, ſo kann darauf angetragen werden, daß er für geſtändig vom Richter erklärt werde, und hieraus ergibt ſich denn das Contumacialverfahren[129]), welches im Civilrechte, wie ſchon oben bemerkt, abermals ein anderes iſt, als im Strafrechte. Der Richter hat dort nicht zu fragen, ob er ſeinem Urtheile den

---

122) Dieſes ſind: die res sacrae, religiosae, sanctae; ferner die res communes omnium, publicae und res nullius. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 2, §. 214—219.

123) S. dieſes Rechtslexikon Bd. 4, S. 325—330.

124) Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfaſſung und Prozeß des ſinkenden röm. Reiches (Bonn 1834), §. 23.

125) Danz, Grundſätze des ordentl. Proz. §. 172—184. Linde, Lehrb. §. 204—206.

126) J. R. A. von 1654. — Claproth, ordentl. Prozeß §. 142. Goldſchmidt, über Litisconteſtation und Einreden (Frankfurt 1812), S. 63.

127) Was weder bejaht, noch verneint wird, gilt für zugeſtanden. Danz a. a. O. §. 180.

128) Vorſt, über die Beweislaſt im Civilprozeſſe, 2. Aufl., S. 4.

129) Linde, a. a. O. §. 175, meint zwar, die Contumacirung falle unter den Begriff der Privatſtrafen, weil die Quellen oft von poena contumaciae ſprechen; allein die Strafe beſteht nur darin, daß ein Ungehorſamer ungehört verurtheilt wird; und der tiefer liegende Grund des Geſetzes iſt offenbar der, daß man von einem Schweigenden annehmen zu dürfen glaubt, daß er das gegen ihn geltend gemachte Recht anzuerkennen nicht umhin könne und deßhalb auf die Vertheidigung verzichte.

wahren Thatverhalt unterſtelle oder nicht; er hat nur zu ſorgen, daß ein jeder Rechtsſtreit auf geſetzlichem Wege ſo bald wie möglich erledigt werde, und wenn der Beklagte ſeinen Ladungen und ſonſtigen Auflagen keine Folge leiſtet, ſo hat er keine äußeren Zwangsmittel [130]), wie ſie bei der Verhandlung über öffentliche Intereſſen gegeben ſind, und er muß ſonach einen Verzicht auf das Recht der Vernehmlaſſung vermuthen; woraus die Folge einer fingirten Affirmation abfließt. In manchen Ländern [131]) kann die alſo präcludirte Partei innerhalb einer Nothfriſt bedingt oder unbedingt Wiederherſtellung nachſuchen.

2) Es gibt auch Geſtändniſſe, welche nur bedingt abgegeben werden, nämlich in dem Falle, wo der Beklagte mit gerichtsablehnenden oder peremtoriſchen Einreden auftritt und die Vernehmlaſſung, in welcher Geſtändniſſe enthalten ſind, nur eventuell [132]) anſchließt. Findet der Richter jene Einreden gegründet, ſo weiſt er ſofort die Klage ab und berückſichtigt das, was der Beklagte über die Hauptſache vorbrachte, gar nicht, wogegen er, wenn die Einreden gehaltlos befunden werden, das eventuelle Geſtändniß gerade ſo hinnimmt, wie wenn es unbedingt abgelegt wäre.

Hierher gehört auch der Fall, wenn der Beklagte in der Hauptſache leugnet, ſodann aber Einreden vorträgt, wobei er ſich auf einzelne Thatſachen wieder affirmativ einläßt. Die Rechtsregel iſt hier: qui excipit, non fatetur [133]), deren Sinn dahin geht, daß es an dem animus confitendi fehlt, wenn nicht ausdrücklich, ſondern nur beiläufig etwas zugeſtanden wird [134]). Man geht jedoch oft auch zu weit mit dieſer für den Beklagten angenommenen Begünſtigung. Es kommt nämlich nicht blos darauf an, ob ein Geſtändniß bei der eigentlichen Litisconteſtation oder beim Einredenvortrag angebracht wird; es ſpricht wohl im letzteren Falle die Vermuthung für die Anwendbarkeit obiger Rechtsregel, aber man muß bedenken, wie oft die Parteien und ſelbſt Advocaten ihre Erklärungen ungeordnet abgeben, ſo daß ein Theil der Vernehmlaſſung auf die Klage in den Einredenvortrag nachgeſchoben [135]) wird, und nichts

---

130) Mittermaier, der gemeine teutſche Prozeß Beitrag I, 2. Aufl., S. 11.

131) So z. B. nach der badiſchen Prozeßordnung §. 658. Vgl. die Ausgabe von Thilo (Karlsruhe 1841), S. 396, 397.

132) Stryk, Diss. de litis contestatione eventuali. Halae 1704. Meisner, Exerc. for. de litis cont. event. Lips. 1723. Brandis, Diss. de eo, quod in litibus sub conditione fieri potest. Goett. 1830. R.-A. v. 1570 §. 89, 90. R.-A. v. 1594 §. 59. 60. J. R. A. §. 40.

133) Danz, Grundſ. des ordentl. Prozeſſes, 5. Ausg., §. 185, S. 305. Gönner, Handb. des Prozeſſes Bd. 2, S. 370.

134) L. 9. D. de exception. (44. 1.) L. 43. D. de R. I. (50. 17.) L. 9. C. de exception. (7. 40.)

135) Es wäre gewiß ein übertriebener Formalismus, wenn man ein Geſtändniß, weil es nicht von vorn herein, ſondern gelegenheitlich oder anhangsweiſe abgegeben wurde, keiner Beachtung werth halten wollte. Gesterding, Ausbeute von Nachforſchungen Bd. 2, S. 100, ſagt, mit Danz und v. Tevenar übereinſtimmend: Bei einem Geſtändniſſe kommt Alles darauf an, ob derjenige,

kann dann den Richter abhalten, ein wahres Geſtändniß darin zu erkennen, zumal wenn der fraglichen Thatſache nicht vorher ſpeciell widerſprochen iſt.

3) Stillſchweigende Geſtändniſſe nennt man ſolche, welche aus der Uebergehung einer Thatſache ohne Widerſpruch abgeleitet werden.

Es iſt zwar, wie vorhin bemerkt wurde, dem gemeinen Prozeßrechte gemäß, wenn man annimmt, daß der Beklagte, welcher eine Thatſache unbeantwortet läßt, für geſtändig angeſehen wird. Aber man muß mit dieſem bedenklichen Grundſatze äußerſt vorſichtig umgehen, indem ſonſt leicht ein Ueberſehen mit empfindlichen Folgen beſtraft werden kann. Iſt der Richter nicht gewiß, ob er in der Vernehmlaſſung eine Thatſache als bejaht oder verneint anſehen ſoll, ſo thut er daher am beſten, Kraft ſeines Inſtructionsrechtes den Beklagten hierüber nochmals zu einer beſonderen Erklärung aufzufordern[136]), und antwortet er nun gar nicht, ſo tritt die Folge des ſpeciell angedrohten Rechtsnachtheiles eines fingirten Geſtändniſſes ein.

Wenn eine Erklärung des Beklagten zweideutig iſt, und eben ſowohl als Verneinung, wie als Bejahung ausgelegt werden kann, ſo führt die Natur der Dinge auf die Entſcheidung, daß erſtere[137]) anzunehmen ſei. Ein Geſtändniß muß nämlich immer deutlich und ausdrücklich ſein und wenn es an dieſem Erforderniſſe fehlt, ſo ſoll der Richter ſich nicht damit begnügen, ſondern darauf beſtehen, daß der fragliche Parteivortrag ergänzt und erläutert werde, und hat er auch keine phyſiſche Zwangsmittel, ſo ſtehen ihm doch die geſetzlichen Rechtsnachtheile zur Gebote.

4) Eine beſonders wichtige Unterſcheidung iſt die des beſchränkten und unbeſchränkten Geſtändniſſes[138]), welches man gewöhnlich das qualificirte und nicht qualificirte nennt.

Wie leicht kann es vorkommen, daß ein Kläger das thatſächliche Fundament in der Hauptſache zwar richtig, aber in manchen Nebenpunkten willkürlich und entſtellt vorträgt. Die Antwort des Beklagten muß alsdann gemiſcht ausfallen, indem er theils die Thatſachen zugibt, theils

---

welcher es ablegt, dabei den Zweck hat, eine Schuldigkeit einzuräumen. Es iſt alſo in ſolchen Fällen die Aufgabe des Richters, die Intention des Deponenten durch Auslegung zu finden.

136) So verordnet die badiſche Prozeßordnung v. 1831 im §. 289: Werden in der Antwort auf die Klage erhebliche Thatſachen übergangen oder nicht gehörig oder unbeſtimmt oder ausweichend beantwortet, ſo hat der Richter den Beklagten zu veranlaſſen, daß er ſich auf dieſe Thatſachen gehörig, beſtimmt und erſchöpfend erkläre, bei Vermeidung des Rechtsnachtheiles, daß dieſelben ſonſt für eingeſtanden angenommen werden.

137) Geſterding, a. a. O. S. 108—110, hat in dieſer Beziehung die Rechtsregel vertheidigt: qui tacet, non fatetur, und ſich dabei auf Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 108, und Leyser, Medit. spec. 473. med. 8. berufen.

138) Schöpff, de conf. qualif. Tubing. 1735. Graffen, de conf. qualif. Erford. 1783. Bornemann, über die conf. qualif. Hannover 1806. Schütz, de conf. qualif. Tubing. 1826. Heddäus, über das qualif. Geſt. (Mannheim 1827) u. A.

das Verfälſchte berichtiget, wodurch eine Erklärung entſteht, die ein theilweiſes Geſtändniß und einen theilweiſen Vortrag neuer Thatſachen enthält.

Wenn man dieſen Geſichtspunkt feſthält, ſo kann es nicht ſchwer ſein, in jedem einzelnen Falle zu erkennen, welche Art von Geſtändniß vorliegt. Man hat immer nur zu prüfen, ob dasjenige, worin der Beklagte von dem Vortrage des Klägers abweicht, an die hierin enthaltenen Thatſachen ſich unmittelbar anſchließt, oder aber einen ganz neuen Vorgang[139]) berührt. Im erſten Falle kann man nur von einer Erläuterung oder Berichtigung der klägeriſchen Angaben ſprechen, im zweiten dagegen bildet ſich von ſelbſt eine Einrede[140]). Die einfachſte Vertheidigungsweiſe beſteht darin, daß man das factiſche Klagfundament Punkt für Punkt ableugnet; verhält ſich daſſelbe doch zum Theil in Wahrheit, ſo wird ein redlicher Mann nicht umhin können, das Wahre zuzugeſtehen, wovon jedoch die Folge iſt, daß das Unwahre angefochten werden muß. Auch hierin gibt es wieder zweierlei Methoden: durch beſſere Aufhellung der vorgebrachten Thatſachen, oder durch Erzählung weiterer Thatſachen, aus denen hervorgehen würde, daß das an ſich begründete Klagrecht durch hinzugetretene neue Thatumſtände alterirt oder gar vernichtet[141]) wurde.

Will man auf Beiſpiele eingehen, ſo iſt es ein qualificirtes Geſtändniß zu nennen, wenn der auf Erfüllung eines Weinkaufvertrages belangte Beklagte zugeſteht, mit dem Kläger einen ſolchen Kauf abgeſchloſſen zu haben, jedoch hinzufügt, daß er deßwegen die ihm zugeſandte Fuhre nicht angenommen habe, weil er nicht, wie der Kläger behauptet, rothen, vielmehr weißen Wein gekauft habe[142]); wogegen es eine Einrede wäre, wenn Beklagter ſagte: man habe ſich zwar urſprünglich auf rothen Wein vereinigt, jedoch den Tag darauf abändernd beſchloſſen, daß nicht rother, ſondern weißer Wein geliefert werde. Daraus erwächſt keine Bezüchtigung der Unwahrheit, kein Ableugnen des Klaggrundes, ſondern das Fundament einer Einrede: nämlich der Einrede einer Novation.

Ein weiterer Fall wäre: wenn der Kläger bis zu einem gewiſſen Zeitpunkte die verkaufte Waare zu liefern gehabt hätte, ihn aber verſtreichen ließ. Klagt er nun auf Vertragserfüllung, ſo kann der Beklagte Alles zugeſtehen, und nur berichtigen, daß ein dies[143]) feſtgeſetzt geweſen ſei, nach deſſen fruchtloſem Ablaufe das Vertragsverhältniß von

---

139) Geſterding, die Lehre vom qualificirten Geſtändniſſe in ſeiner Ausbeute u. ſ. w. Th. 2, S. 150, ſtützt in ähnlicher Weiſe die Frage der Trennbarkeit auf die Einheit der fraglichen Handlungen. Wo dieſe zwiſchen den Zuſätzen des Beklagten und dem Vortrage des Klägers beſteht, kann jenen nie eine Beweislaſt treffen.

140) Heddäus a. a. O. §. 13.

141) S. hierüber beſonders Gönner, Handbuch Bd. 2, S. 393—406.

142) Gönner, a. a. O. S. 399, bemerkt in dieſer Beziehung: Weſentlich an der Klage iſt das Object. Das Zugeſtändniß, daß man zwar dem Kläger etwas, aber ein anderes Object ſchulde, als er einklagte, iſt eine Ableugnung der Klage, keine Einrede.

143) Geſterding a. a. O. S. 148, 149.

ſelbſt aufgehört habe: alsdann liegt wieder ein qualificirtes Geſtändniß vor: denn es gehört der ganze Umfang des urſprünglichen Vertrages zum Klagfundamente, und es beruht auf einem völligen Mißverſtändniſſe, wenn die älteren Juriſten eine exceptio rei non sic sed aliter gestae[144]) in ſolchen Fällen als vorhanden annahmen. Anders würde ſich die Sache erſt dann geſtalten, wenn der Beklagte die Lieferung als richtig geſchehen zugäbe, jedoch einwendete, daß es Ortsgebrauch[145]) ſei, dergleichen Waaren vier Wochen nach dem Kaufabſchluſſe ins Haus zu ſchaffen, der Kläger aber erſt nach zwei Monaten dazu gekommen ſei, wo er der Beklagte dann nicht mehr wäre ſchuldig geweſen, die Waaren anzunehmen.

Hierin erkennt man ſogleich die Natur einer Einrede. Der Ortsgebrauch liegt außerhalb der Vertragsbeſtimmung und wer ihn behauptet, der muß daher als Excipient angeſehen zu werden, ſich gefallen laſſen.

Dieſe Frage iſt deßhalb von der höchſten practiſchen Bedeutung, weil ſich danach die Beweislaſt[146]) normirt. Man iſt nämlich jetzt ziemlich allgemein darüber einverſtanden, daß ein qualificirtes Geſtändniß nicht zum Nachtheile des Beklagten getrennt werden dürfe[147]). Läßt ſich aber nachweiſen, daß eine Einrede darin enthalten iſt, ſo liegt der Beweis natürlich dem Beklagten ob.

Wenn alſo das Zugeſtändniß der vom Kläger vorgebrachten Thatſachen in der eben beſchriebenen Weiſe ſo abgelegt wird, daß nicht ſowohl neue Thatſachen als Berichtigungen der ſchon bekannt gewordenen darin enthalten ſind, oder wenn der Klaggrund durch ein weſentliches Moment ergänzt wird, ſo iſt es der Kläger, welcher zu beweiſen hat, daß die Sache gerade ſo, wie er ſie vortrug, und ohne die Zuthaten des Beklagten, ſich verhält; wogegen dieſem alsdann der directe Gegenbeweis[148]) frei ſteht. Es kann ſolchergeſtalt vorkommen, daß der Kläger auch einen negativen[149]) Beweis führen muß. Gegenſtand des indirecten Gegenbeweiſes werden jedoch die Einreden.

5) Noch beſteht ein wichtiger Unterſchied zwiſchen dem gericht-

---

144) Gönner a. a. O. S. 392.

145) Dieß kommt z. B. bei Handelsgewächſen, welche viele Preisſchwankung, ja einen förmlichen Curs haben, wie z. B. bei Hopfen-, Tabak- und Oelpflanzen, häufig vor. Wenn ein Promittent ſich verbindlich macht, dergleichen alsbald zu liefern, ſo beſtimmt der Ortsgebrauch gewöhnlich den längſten Termin.

146) Borſt, über die Beweislaſt im Civilprozeſſe, 2. Aufl., §. 77.

147) Confessio qualificata, continens capita connexa, non est dividunda, sed vel tota reiicienda, vel tota acceptanda. So lautete der ſtrenge Satz der Vorzeit. Vgl. C. Lauterbach, coll. theor. pract. lib. 42. tit. 2. und dissert. p. I. diss. 55. Voet, Comment. ad pand. de conf. tom. VI. Brunnemann, proc. civ. C. 21. §. 5.

148) In dieſe Sphäre gehört ſowohl die Nachweiſung, daß die Behauptungen des Klägers gänzlich unwahr, als daß ſie wenigſtens in der Geſtalt und dem Umfange, wie er ſie vorbringt, nicht wahr ſeien. Linde, Lehrbuch §. 236.

149) Am beſten hierüber Borſt a. a. O. §. 21—28.

lichen und außergerichtlichen[150]) Geſtändniſſe. Jenes iſt das vor einer zur Aufnahme judicieller Acte berechtigten Stelle abgelegte Bekenntniß, dieſes aber eine, nicht in feierlicher Form, in Privatverhältniſſen geſchehene Aeußerung. Man geht auch hier zum Theil zu weit[151]), wenn man verlangt, daß das gerichtliche Geſtändniß gerade vor demjenigen Gerichte erfolgt ſein müſſe, welches für den Beklagten, wenn er belangt wird, das competente[152]) Forum iſt[153]). In der Regel wird dieß freilich der Fall ſein, weil eine Partei nicht leicht in den Fall kommen kann, ſich über ſtreitige Thatſachen zu erklären, wenn es nicht aus Anlaß einer förmlichen Klage geſchieht, und dazu muß natürlich das zuſtändige Gericht angegangen werden. Es läßt ſich jedoch denken, daß zwiſchen denſelben Parteien früher bei einem anderen Gerichte eine andere Streitſache verhandelt wurde, und daß bei dieſer Gelegenheit derſelbe Streitpunkt, über den jetzt wieder verhandelt wird, zur Sprache kam[154]); wenn dort der Beklagte eine bejahende Antwort gegeben hat, ſo muß er ſich gewiß gefallen laſſen, daß dieſes Geſtändniß, weil es derſelben Partei gegenüber abgelegt wurde, auch hierher gezogen wird.

Außergerichtliche Geſtändniſſe haben von vornen herein die Vermuthung gegen ſich, daß ſie nicht animo confitendi abgelegt ſeien, aus dem begreiflichen Grunde, weil es gewöhnlich an dem erforderlichen Ernſte und der Bedachtnahme auf die Folgen[155]) fehlen wird, wie man es bei gerichtlichen Geſtändniſſen vorausſetzen darf. Kann der Beweis durch eigene Urkunden, Briefe, Reverſe u. dgl. geführt werden, ſo iſt er jedenfalls beſſer, als wenn nur ein geſprochenes Wort durch Zeugen dargethan werden ſoll; denn beim Schreiben kann man mehr Ueberlegung unterſtellen, als beim Reden[156]).

Im beſten Falle kann ein nicht zugegebenes außergerichtliches Geſtändniß nur den Anfang eines Beweiſes herſtellen, ſo daß ein Notheid darauf gebaut werden darf.

---

150) Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen Th. 2, S. 110—116. Gönner, Handbuch Bd. 2, S. 378. Bayer, Vorträge über den ordentl. Prozeß, 6. Aufl., S. 413—417.

151) Wie z. B. Boehmer, ius eccles. prot. Lib. II. Tit. 18. §. 6. Bayer a. a. O. S. 414.

152) Mag nach dem ſtrengformellen altrömiſchen Rechte eine ſolche Vorſchrift beſtanden haben (Bethmann-Hollweg, Verſuche über Civilproz. S. 276), ſo iſt daraus kein Grund abzuleiten, daß es im teutſchen Prozeſſe eben ſo gehalten werden müſſe. A. M. iſt Bayer a. a. O. S. 408.

153) Dieſe Anſicht iſt begründet durch Gönner a. a. O. Bd. 2, S. 378.

154) Dieß fällt mit den Grundſätzen über res iudicata zuſammen. S. Keller, über Litisconteſtation und Urtheil S. 239 flg.

155) Geſterding, Ausbeute S. 114, 115, dürfte wohl die Sache allzuſehr in favorem rei wenden, wenn er ſagt: Eine Aeußerung oder ein ſogenanntes Geſtändniß dieſer Art iſt nicht bindend; der Geſtehende hat das Geſtandene ſeinem Gegner nicht einräumen wollen; es fehlte der animus confitendi. Dieß iſt zu allgemein. Es können doch Fälle vorkommen, wo, trotz des etwaigen Leugnens, ein animus confitendi aus den Umſtänden zu erweiſen iſt.

156) In dieſem Sinne iſt auch die L. 25. §. 4. D. de probat. et praesumt. (22. 3.) abgefaßt.

6) Da man in Civilſachen überhaupt ſich durch Andere vertreten laſſen darf, ſo kann es an und für ſich auch keinem Anſtande unterliegen, die Erklärungen, welche in Rechtsſtreitigkeiten nothwendig werden, durch Procuratoren[157]) abgeben zu laſſen, und es iſt völlig inconſequent, wenn in manchen Ländern ſchlechthin verboten wird, in ſogenannten Bagatellſachen, oder überhaupt bei den Untergerichten, ſich der Anwälte zu bedienen[158]).

Es entſteht übrigens ein neues Bedenken hinſichtlich der Geſtändniſſe, wenn die Sache durch einen Anwalt geführt wird.

Manche meinen, es könne die Vollmacht deſſelben immer nur dahin verſtanden werden, daß er von ſeinen Clienten alle Nachtheile möglichſt abwende[159]), nicht aber auch, daß er in gewiſſe Anforderungen einwilligen dürfe; nichts Anderes ſei es aber, wenn der Anwalt ein Geſtändniß ablegt[160]), weil er dadurch mittelbar über das Vermögen der Partei verfügt, oder doch verfügen könnte. Man beruft ſich auf die Analogie vom Vergleiche, wo der Anwalt ebenfalls nicht auf die allgemeine Vollmacht hin handeln dürfe. Dieß rührt aber gewiß von einer Verwechslung her. Ein Vergleich iſt durchaus kein nothwendiger Beſtandtheil des ordentlichen Prozeßganges; im Gegentheile gehört er zu den ausnahmsweiſen Erledigungen des Streites[161]) an der Stelle eines Urtheiles, während umgekehrt die Vernehmlaſſung auf die Klage ſo durchaus weſentlich iſt, daß ſie, im Falle der Beklagte im Ungehorſam verharrt, fingirt werden muß, um nur zu einem Ende zu kommen. Wenn alſo ein Anwalt mit Vollmacht des Beklagten auftritt, ſo muß man wohl annehmen, daß er zugleich Inſtruction habe, ſich bejahend oder verneinend einzulaſſen, und das im erſten Falle erfolgende Geſtändniß ſollte in ſeiner Rechtsgiltigkeit nicht bezweifelt werden. Ueberſchreitet er böslich oder leichtſinnig ſeine Inſtruction, ſo kann er zum Schadenerſatze verpflichtet werden. Will man übrigens dennoch beſondere Vollmacht für Geſtändniſſe haben, ſo wird es weniger geeignet ſein, jedesmal in jedem einzelnen Falle eine Specialvollmacht zu verlangen[162]), als ein für allemal ein Vollmachtsformular für die Anwaltsbeſtellung vorzuſchreiben, worin ausgedrückt ſein muß, daß die Partei alle Geſtändniſſe des Anwaltes anerkennen werde, gleich als wären ſie von ihr ſelbſt ausgegangen[163]).

157) Linde, Lehrb. §. 130, 133.

158) S. Staatslexikon von v. Rotteck u. Welcker Bd. 1, das Wort: Advocat, und beſonders S. 377.

159) Geſterding, Ausbeute Bd. 2, S. 255.

160) Bayer, Vorträge über ordentl. Civilpr., 6. Aufl., S. 412, ſchließt ſich dieſer Meinung an, ohne nähere Gründe anzugeben. Die L. 1—3. Cod. de errore adv. (2. 10.), auf welche man ſich gewöhnlich dabei beruft, ſprechen nur von Irrthümern der Anwälte, nicht aber von abſoluter Unverbindlichkeit der ohne Specialvollmacht abgelegten Geſtändniſſe. So faßt auch Linde, Lehrb. §. 128, die Sache auf.

161) Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechtes Bd. 2, §. 477. Code civil. art. 2044.

162) Wie z. B. die badiſche Prozeßordnung v. 1831, §. 142, Ziff. 12.

163) Wenn der Anwalt gegen ausdrückliche Inſtruction ein Geſtändniß abgelegt hat, ſo kann er wegen etwaiger Beſchädigung regreſſoriſch belangt wer-

Etwas Anderes iſt es, wenn der Anwalt aus Irrthum eine Thatſache zugeſtanden hat. Es wäre hart, wenn auch hiervon die Partei unbedingt alle Folgen tragen müßte. Man pflegt daher im neueren Prozeßrechte unter ſolchen Umſtänden einen Widerruf[164]) zuzulaſſen, vorausgeſetzt, daß die als irrig angefochtenen Thatſachen erheblich ſind.

Ueberhaupt muß aber die Partei ſelbſt den Widerruf anzeigen und mindeſtens wahrſcheinlich machen, daß ein Irrthum unterlaufen iſt. Der Richter hat den Anwalt darüber zu vernehmen und durch ein Decret auszuſprechen, ob der Widerruf zuläſſig ſei oder nicht und jedenfalls ſollte immer der Anwalt dabei in die Koſten dieſes Zwiſchenverfahrens verfällt werden[165]).

Man kann gegen dergleichen Verzögerungen des Prozeſſes nicht ſtrenge genug ſein, weil es leider noch immer zur Taktik gewinnſüchtiger Advocaten und böſer Schuldner gehört, ſolche und ähnliche Mittel anzuwenden, um die Prozeſſe in die Länge zu ziehen; wobei ſich der Richter immer bewußt bleiben ſoll, wie er dafür gerade aufgeſtellt iſt, alle Vexationen und Chicanen zu verhindern oder abzuſchneiden[166]), und auf möglichſt kurzem Wege das wahre Recht zu verwirklichen[167]).

Schließlich iſt noch anzuführen, daß die Altrömer[168]) eine Unterſcheidung machten, welche unſer jetziges Prozeßrecht nicht mehr kennt, nämlich zwiſchen confessio in iure[169]) und confessio in iudicio[170]). Die erſte Art von Geſtändniß kam vor dem Prätor und die zweite vor dem Judex vor; jene war alſo eine Erklärung, daß der Beklagte keinen Prozeß haben wolle, und es galt ein ſolches Geſtändniß, wenn es umfaſſend war, einem rechtskräftigen Urtheile[171]) gleich. Im heutigen

---

den. L. 13. §. 9. L. 14. §. 1. Cod. de iudiciis. (3. 1.) Strube, rechtl. Bedenken Th. 1, Bed. 172 a. E. Geſterding, Ausbeute Bd. 2, S. 256.

164) Schneider, Lehre vom rechtlichen Beweiſe, neue Ausg. v. Hofmann (Darmſtadt 1842), §. 92, will in jedem Falle, wo der Geſtehende das Gegentheil der eingeſtandenen Thatſache darzuthun vermag, den Widerruf zulaſſen; welches, aber offenbar viel zu weit gehen und den Prozeß jeder feſten Grundlage berauben würde.

165) So verordnet die badiſche Prozeßordnung §. 152.

166) Danz, Grundſ. des ordentl. Proz. §. 1—7.

167) Mittermaier, der teutſche Prozeß in Vergleichung u. ſ. w. Beitr. 1, S. 14, ſagt: Eine Hauptforderung an die Prozeßgeſetzgebung geht dahin: einen ſolchen Mechanismus des Verfahrens anzuordnen, in welchem die Ungleichheit der Kräfte der ſtreitenden Theile durch zweckmäßige Einwirkung der Richter — ausgeglichen wird, daß am wenigſten materielles Unrecht in formelles Recht übergehen kann.

168) Vgl. die treffliche Abhandlung über das gerichtliche und außergerichtliche Geſtändniß in Bethmann-Hollweg's Verſ. über Civilprozeß.

169) Paulus, sent. rec. V. a. §. 2—5. II. 1. §. 5. Dig. 42. 2. de conf. Cod. 7. 59. de conf.

170) Paulus l. c. §. 3.

171) Man konnte, wenn nicht noch ein Liquidationsverfahren (Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 265) nöthig war, ſofort die actio iudicati darauf gründen. Die L. 1. D. de conf. (42. 2.) ſagt: Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia condemnatur.

franzöſiſchen Rechte finden wir noch eine ähnliche Beſtimmung[172]) bei Gelegenheit der richterlichen Pfandrechte[173]). Wollte der Beklagte dagegen vor dem Prätor den Klaggrund nicht einräumen, ſo war die Sache mit den bekannten Formeln an den Judex zur Verhandlung überwieſen, und wenn nun hier der Beklagte zu einem Geſtändniſſe ſich bequemte, ſo war die Sache damit nicht abgethan, ſondern es mußte, ſo wie es jetzt überhaupt erforderlich iſt, ein förmliches Urtheil erlaſſen werden, welches die rechtlichen Folgen aus dem Geſtändniſſe zog. Der römiſche Prozeß gewährte alſo den Vortheil, daß der Streit in der erſten Tagfahrt ohne Richterſpruch und Koſten abgethan werden konnte[174]); eine Einrichtung, mit welcher nur etwa das friedensgerichtliche Vorverfahren nach franzöſiſchem Prozeſſe[175]) einige Aehnlichkeit hat. Ludwig von Jagemann.

Gewährleiſtung. Evictionsleiſtung[1]). Die Ausbildung der Grundſätze über Evictionsleiſtung fällt im römiſchen Rechte mit dem allmäligen Abkommen der altciviliſtiſchen Geſchäftsformen und dem Anerkennen der einfachen Traditionen und ihrer rechtlichen Folgen zuſammen. Sobald per aes et libram eine Sache übertragen war, und es ſich nachher zeigte, daß der Uebertragende nicht Eigenthümer geweſen war, ſo haftete er nach der Beſtimmung der XII. tab. über die Verletzung der lex mancipii auf das Doppelte[2]); geſchah die Uebertragung aber durch Kauf und einfache Tradition, ſo ſuchte man ſich durch eine Stipulation zu ſichern, vermittelſt welcher dem Erwerber das habere licere, und auf den Fall, daß ihm die Sache abgeſtritten würde, eine Strafe, meiſtens der doppelte Werth der Sache, verſprochen, und ſomit die rechtliche Wirkung der Mancipation auch für die einfache Tradition erſtrebt wurde. Selbſt ohne dieſe Stipulation nahm man eine Verpflichtung des Verkäufers an, für die volle Wirkſamkeit der vorgenommenen Tradition ſchon aus der Natur des Kaufcontractes zu haften[3]), und kam ſo dahin, den Verkäufer gar nicht zum Eigenthumsübertragen für verpflichtet zu erklären, ſondern nur zum Tradiren und zur Haftung für die Entwährung

---

172) Code civil art. 2123. L'hypothèque judiciaire résulte des jugemens, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi de reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.

173) Vgl. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechtes Bd. 1, S. 57—59, Bd. 2, S. 59, 87, 88, 110, 209.

174) In wie weit die hierauf bezüglichen Geſetze heute noch Anwendung finden können, ſ. Gönner, Handbuch Bd. 2, S. 379—384.

175) Code de procéd. civ. art. 48. 55.

1) Literatur. Am bemerkenswertheſten ſind: Franciscus Callet, comment. ad tit. de evictionib. 45. lib. 8. Cod. bei Meermann, vol. II. p. 309 sq. — Donellus, de eviction. in operib. prior. und die einſchlagenden Stellen aus den Werken von Cuiacius. Pufendorf, observ. II. obs. 35.

2) Paullus sent. rec. II. XVII. §. 3.

3) Paullus l. c. §. 1. 2.

der verkauften Sache[4]), welche letztere Verpflichtung zu Ende ging, ſobald der Käufer das Eigenthum der gekauften Sache durch Verjährung erworben hatte[5]).

Die Verpflichtung zur Gewährleiſtung, auctoritas, iſt hiernach die Verbindlichkeit desjenigen, welcher eine Sache auf einen Anderen überträgt, dafür zu haften, daß dieſem die Sache nachher nicht abgeſtritten werde. Dieſelbe findet vorzüglich beim Kaufe und außerdem, jedoch zum Theil mit Modificationen, bei einigen anderen Geſchäften ſtatt.

Betrachten wir zunächſt die erwähnte Verpflichtung in Bezug auf den Kaufcontract, in welcher Hinſicht ſie am vollſtändigſten in den Rechtsquellen entwickelt iſt, ſo haben wir die allgemeine Vorausſetzung derſelben, den Eintritt der Eviction, und die Verpflichtung ſelbſt zu erörtern, welche letztere ſich verſchieden geſtaltet, je nachdem ſie auf einer beſonderen Verabredung beruht, oder aus der Natur des Kaufcontractes geſetzlich folgt.

I. Die Eviction der gekauften Sache iſt der Verluſt derſelben, den der Käufer dadurch leidet, daß ſie ihm von einem Dritten im Rechtswege abgeſtritten wird[6]), und entweder wirklich herausgegeben[7]), oder durch Bezahlung der litis aestimatio beim Käufer erhalten iſt[8]). Die vom Dritten angeſtellte Klage kann eine rei vindicatio, die hereditatis petitio[9]), eine Noxalklage, ein iudicium familiae erciscundae, oder communi dividundo, durch welche ein Dritter einen Theil evincirt[10]), eine actio hypothecaria[11]), oder eine actio confessoria[12]) ſein, mit welcher der Nießbrauch an der Sache erſtritten wird. Werden andere Servitutrechte an der Sache geltend gemacht, ſo gilt dieſes nicht für einen Evictionsfall, und berechtigt nur zur Anſtellung der Klagen aus dem ädilitiſchen Edicte, wenn nicht namentlich die Freiheit von Realſervituten verſprochen, und der fundus als optimus maximus verkauft iſt; und ein Gleiches gilt von Grundſteuern und anderen gewöhnlichen Belaſtungen der Grundſtücke[13]). Ebenſo ſteht es einer Eviction gleich, wenn der Käufer die in den Händen eines Dritten befindliche Sache vindiciren will und dabei unterliegt[14]).

---

4) L. 25. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 11. §. 2. D. de act. emt. (19. 1.)

5) L. 19. C. h. t. Callet l. c. p. 343.

6) Paullus 2. 17. §. 1. Cicero pro Caecina c. 10. pro Murena cap. 7. Callet l. c. p. 313.

7) L. 17. C. de evict. (8. 45.) L. 57. pr. D. h. t. Callet l. c. cap. III. p. 332. Donellus, de ev. cap. III—V.

8) L. 16. §. 1. D. h. t.

9) L. 2. pr. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.)

10) Cf. L. 21. §. 1. L. 26. L. 34. §. 1. L. 39. pr. L. 39. §. 3 u. 4. h. t. L. 45. §. 1. D. de legat. I.

11) L. 34. §. ult. L. 35. D. h. t. L. 4. L. 22. C. h. t.

12) L. 66. pr. D. de cont. emt. L. 46. pr. L. 49. D. h. t. Cuiacii observ. II. cap. 20.

13) L. 61. D. de aedil. Ed. (21. 1.) L. 75. D. h. t. L. 59. D. de contr. emt. (18. 1.)

14) L. 16. §. 1. D. h. t.

Es fällt hiernach nicht unter den Begriff der Eviction, wenn die verkaufte Sache vor der Durchſetzung der Anſprüche eines Dritten durch Zufall zu Grunde geht[15], wenn ein Dritter dem Käufer eigenmächtig die Sache entreißt[16], wenn die Sache dem Käufer aus einem erſt nach dem Kaufe eingetretenen Grunde durch die Staatsgewalt entzogen wird[17], wenn der Käufer es leidet, daß das erkaufte Grundſtück zum locus religiosus gemacht wird[18], wenn derſelbe die Sache derelinquirt[19]. Erfolgt die Entwährung auf den Grund eines Retractrechtes, ſo iſt zu unterſcheiden, ob dieſes Recht ein geſetzliches, oder ein durch Privatübereinkommen entſtandenes iſt, und im erſten Falle wird der Begriff einer Eviction nicht angenommen[20]. Wird dem Käufer die erkaufte Sache durch eine Reunionsklage abgeſtritten, ſo liegt ebenfalls keine Eviction vor, jedoch hat derſelbe Entſchädigungsanſprüche wegen eines etwa vorgekommenen dolus ſeines Verkäufers. Bemerkenswerth iſt es übrigens, daß man das Erforderniß: rem iudicio evictam esse, nur für die Klage aus dem Evictionsverſprechen mit Strenge feſthielt, die actio ex emto dagegen ſchon zuließ, wenn der Käufer auch ohne rechtskräftige Verurtheilung in Folge des Rechtes eines Dritten die gekaufte Sache verlor, welchem Verluſte der in L. 41. §. 1. D. h. t. erwähnte Fall gleich ſteht. Beiſpiele hiervon finden ſich in L. 8. 24. 42. D. h. t. und L. 23. pr. D. de usurpat. coll. L. 36. D. h. t.[21].

Regelmäßig hat der Käufer hiernach nicht eher Anſprüche gegen den Verkäufer, als bis die Eviction wirklich erfolgt iſt[22], wenn dieſelbe gleich zu beſorgen ſein ſollte[23]. Iſt indeß der auf Eviction gerichtete Prozeß gegen den Käufer angeſtellt, ſo darf derſelbe das Kaufgeld ſo lange retiniren, bis ihm für die zu beſorgende Entwährung Realcaution geſtellt iſt[24]. Droht die Eviction auf dieſe Weiſe nur rückſichtlich einer einzelnen von mehreren zuſammen verkauften Sache, ſo findet die Retention des ganzen Kaufgeldes oder eines Theiles deſſelben ſtatt, je nachdem der Preis für alle Sachen insgeſammt, oder für jede einzeln beſtimmt war. Iſt die verkaufte Sache noch nicht übergeben, ſo verſteht ſich die Retention des Kaufgeldes ohnehin von ſelbſt, doch wird auch eine actio emti auf Bewirkung der Tilgung etwa darauf laſtender Hypotheken geſtattet, welche Klage nach richtiger Anſicht nach bereits erfolgter Uebergabe vor erfolgter Eviction nicht ſtattfindet[25], und ebenſo iſt der

---

15) L. 21. pr. D. h. t. L. 26. C. h. t.
16) L. 11. C. de act. emt. (4. 49.)
17) L. 11. pr. D. h. t.
18) L. 51. §. 2. D. h. t.
19) L. ult. D. h. t.
20) Voet, Comm. ad P. h. t. §. 2. Glück, Commentar Bd. 20, S. 278.
21) Cuiac. ad Afric. VI. ad L. 24. h. t.
22) L. 3. C. h. t. L. 30. §. 1. D. de act. emti. (19. 1.) Callet l. c. ad L. 3. 5. 12. 24.
23) L. 10. §. 1. D. de rescind. vendit. (18. 5.)
24) L. 24. C. h. t. L. 18. §. 1. D. de peric. et commod. (18. 6.)
25) L. 5. C. h. t. Vgl. L. 3. C. h. t. Cuiac., recit. sol. ad L. 5. cit.

Anſpruch auf Gewährleiſtung begründet, wenn vor erfolgter Tradition der Sache ſchon ein wirklicher Evictionsfall eintritt[26]). Iſt endlich der Contract von beiden Seiten erfüllt, und es zeigen ſich Anſprüche Dritter, ſo kann vor erfolgter Entwährung der Verkäufer mit der actio ex stipul. niemals[27]), mit der actio ex emto auf das Intereſſe aber alsdann in Anſpruch genommen werden, wenn der Verkäufer wiſſentlich eine fremde Sache verkauft hat[28]). Ebenſo findet zwar nicht die actio ex stipulatu, aber doch die actio emti auf das Intereſſe ſtatt, wenn der Käufer im poſſeſſoriſchen Prozeſſe von einem Dritten beſiegt iſt[29]). Hat der Evincent den Prozeß gegen den Käufer gewonnen, iſt aber vor der Execution ohne Erben geſtorben, oder hat dem Käufer die Sache geſchenkt oder vermacht, ſo findet nicht die actio ex stipulatu[30]), wohl aber die actio ex emto ſtatt[31]). In Beziehung auf den Prozeß mit dem Evincenten ſtellt übrigens das römiſche Recht noch einige nähere Bedingungen auf, unter welchen allein der nachtheilige Ausfall deſſelben einen Anſpruch des Käufers auf Evictionsleiſtung begründet:

a) Der Käufer muß den Prozeß gehörig geführt haben[32]), alſo nicht in contumaciam verurtheilt ſein[33]), auch den Gebrauch keines zuſtändigen Rechtsmittels[34]) unterlaſſen, nicht die Vortheile des Beſitzes aufgegeben[35]), oder eine ſchwerer durchzuſetzende Klage ſtatt der vortheilhafteren gewählt haben[36]).

b) Der Käufer muß vor dem ordentlichen Richter geſtritten und ſich nicht auf die Wahl eines Schiedsrichters eingelaſſen haben[37]).

c) Der Verluſt des Prozeſſes darf nicht durch eine Pflichtwidrigkeit des Richters geſchehen ſein, indem das Vorkommen einer ſolchen als casus betrachtet wird, wofür Niemand dem Beſchädigten Erſatz leiſtet[38]). Die bei dem Regreſſe des Bürgen geltenden Grundſätze, welche man oft für gleichartig erklärt hat, ſind in der That darin abweichend, daß der Bürge in dem Falle einer iniuria iudicis geſchehenen Condemnation dennoch ſeinen Regreß nehmen darf, ſofern ihm nur nicht ein eigenes Verſchulden beigemeſſen werden kann[39]).

d) Endlich muß der Käufer in dem Prozeſſe mit dem Evincenten

---

26) L. 3. pr. D. de doli except. Cuiac. observ. lib. 25. cap. 26.
27) L. 4. D. de act. emti. (19. 1.)
28) L. 30. §. 1. D. de act. emti. (19. 1.)
29) L. 11. §. 18. L. 35. D. de act. emti. (19. 1.)
30) L. 57. D. h. t.
31) L. 9. L. 41. §. 1. D. h. t.
32) L. 17. C. h. t.
33) L. 55. pr. D. h. t.
34) L. 63. §. 1. 2. D. h. t. Pufendorf, observ. II. 85. §. 18.
35) L. 29. §. 1. D. h. t.
36) L. 39. §. 1. L. 66. pr. D. h. t.
37) L. 56. §. 1. D. h. t.
38) L. 51. pr. D. h. t. Cf. L. 8. 15. C. eod. tit. L. 22. §. 4. D. ratam rem haberi. (46. 8.)
39) L. 67. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 10. C. mandati. (4. 35.) Heiſe und Cropp, juriſtiſche Abhandlungen Bd. 1, S. 251.

ſeinem Autor gehörig litem denunciiren. Der Autor iſt nämlich, worauf auch die Formel der duplae stipulatio: et si ea res a me petita erit, vel si eam ab alio petiero, eam recte defendere etc. hindeutete, verbunden, den Käufer in dieſem Prozeſſe zu vertreten[40]), und zu dieſem Ende muß ihm dieſer bei Verluſt ſeines Regreſſes den Streit ankündigen[41]). Dieſe Ankündigung kann nach L. 29. §. 2. D. h. t. bis zum Urtheile in der Sache, nach L. 29. §. 3. D. de legat. III. ſoll ſie geſchehen, priusquam iudicium accipiatur, welche Stellen man wohl am paſſendſten mit Cujacius[42]) durch die Annahme vereinigt, daß in der letzten nur die Zeit angegeben ſei, zu welcher ſie gewöhnlich und am ſicherſten geſchehe. Für die heutige Praxis iſt dagegen anzunehmen, daß die Streitankündigung geſchehen muß, bevor die Friſten zur Vorbringung der Angriffs- oder Vertheidigungsmomente verſtrichen ſind[43]). Uebrigens geſchieht ſie dem unmittelbaren Autor[44]), und wenn mehrere Autoren vorhanden ſind, Allen[45]), wenn ein Pupill auctore tutore verkauft hat, dem Pupillen und dem Vormunde, oder in Abweſenheit des letzteren ſogar dem erſteren allein, welche letztere Beſtimmung indeß für eine gegen die ſtrenge Conſequenz recipirte Billigkeitsanſicht gehalten werden muß[46]). Erſcheint der Denunciat auf die geſchehene Ankündigung, ſo kann er den Prozeß in der Lage, in welcher ſich derſelbe gerade befindet[47]), allein übernehmen und fortführen[48]), oder aber dem Denuncianten als Litisconſort beitreten. Verweigert er die Theilnahme am Prozeſſe, ſo muß er ſich den Ausfall ohne Einwendung gefallen laſſen, wenn derſelbe durch die unterbliebene Benutzung dem Käufer unbekannter Angriffs- oder Vertheidigungsmomente nachtheilig iſt. Die Litisdenunciation darf nur unterbleiben, 1) wenn vertragsmäßig beſtimmt iſt, daß ſie nicht nöthig ſein ſolle[49]), 2) wenn der Autor der Denunciation böslich ausweicht[50]), 3) wenn er abweſend iſt[51]), 4) wenn das beſſere Recht des Evincenten völlig klar iſt, eine Ausnahme, welche gewöhnlich gemacht[52]), aber durch das dafür angeführte Geſetz, L. 11. §. 12. D. de action. emti (19. 1.), nicht gerechtfertigt wird, da in demſelben theils nicht

40) L. 74. §. 2. D. h. t. Heiſe und Cropp a. a. O. S. 231.

41) L. 53. §. 1. D. h. t. L. 8. C. eod. L. 1. C. ubi in rem actio. (3. 19.)

42) Recit. solenn. ad tit. C. de evict. ad L. 5.

43) Archiv für civil. Praxis Bd. 4, S. 182.

44) L. 59. D. h. t.

45) L. 62. §. 1. D. h. t. L. 85. §. 5. L. 139. D. de verb. obl. (45. 1.)

46) L. 56. §. 7. D. h. t. L. 24. D. de verb. obl. (45. 1.) v. Madai, die Lehre von der mora S. 58, Note 123.

47) Cap. 2. ut lite pendente in 6to.

48) L. 1. C. ubi in rem actio. L. 63. D. de re iud. verb. scientibus etc. Keller, über Litisconteſtation und Urtheil S. 377, Note 25.

49) L. 63. D. h. t.

50) L. 55. §. 1. L. 56. §. 5. D. h. t.

51) L. 56. §. 6. D. h. t.

52) Glück, Commentar Bd. 20, S. 401. Pufendorf II. 35. §. 15—17.

geſagt iſt, daß die Denunciation unterblieben ſei, theils von dem Verkaufe eines mit einem Noxalanſpruche behafteten Sclaven die Rede, und alſo nach beſonderen Grundſätzen, die auf die Evictionsleiſtung nicht paſſen, entſchieden iſt[53]).

Man könnte hier noch fragen, ob nicht der Autor zur defensio, auf welche die stipulatio duplae mit gerichtet war, gezwungen werden könnte[54]). Im Falle eines Verſprechens der defensio muß ein ſolcher Zwang möglich geweſen ſein[55]), ſonſt trat aber die Folge ein, daß bei unterlaſſener defensio ſchlechthin der Evictionsregreß ſtattfand, falls ſich der Käufer ſelbſt vertheidigt hatte, und die Sache evincirt war[56]). Mehrere Verkäufer oder mehrere Erben eines Verkäufers müſſen aber ſämmtlich die defensio übernehmen, und wenn auch nur einer von ihnen dieſer Pflicht zur Abwendung der Eviction nicht nachkommt, ſo haften ſie alle für die Eviction[57]).

II. Was nun den Grund der Verpflichtung zur Evictionsleiſtung betrifft, ſo liegt derſelbe entweder in einem Vertrage oder in der geſetzlich beſtimmten Natur des Kaufcontractes.

a) Bei dem mittelſt Mancipation geſchloſſenen Kaufe bedurfte es einer beſonderen Promiſſion auf den Entwährungsfall nicht, indem hier nach der Beſtimmung der 12 Tafeln über das Brechen der lex mancipii der Verkäufer auf das Doppelte haftete[58]). Bei anderen Käufen verſprach man ſich in den dafür gängigen Stipulationsformularen[59]) das habere licere, wodurch vielleicht auf ähnliche Weiſe, wie durch die bei Servitutbeſtellungen üblichen Stipulationen, der mit bloßer Tradition nicht beſchaffte Uebergang des Eigenthums und der Servitut ſelbſt ergänzt werden ſollte[60]). Der Sinn dieſer Stipulation war dann der, daß der Verkäufer dafür haften wolle, daß weder er ſelbſt, noch ſeine Nachfolger evincirten; ſo viel die Eviction durch Dritte betraf, war die Stipulation genau genommen wirkungslos[61]), ward indeß dahin interpretirt, daß der Promittent kein simplex abnutivum, ſondern verſprochen habe, dafür zu ſorgen, daß Dritte nicht evincirten[62]). Jeder Zweifel ward aber gehoben, wenn zugleich eine poena verſprochen wurde. Die Verpflichtung zu dieſer beſonderen Cautionsleiſtung für das habere licere muß dann ein naturale

---

53) L. 1. §. 1. L. 17. §. 17. L. 28. D. de aedil. ed. (21. 1.)

54) Heiſe und Cropp, juriſtiſche Abhandl. Bd. 1, S. 229.

55) L. 13. pr. D. iudic. solvi. L. 5. C. de contr. et comm. stip. Ribbentrop, Correalobl. S. 203, Note 9.

56) Pufendorf II. 35. §. 13. 14.

57) L. 85. §. 5. D. verb. obl. L. 139. D. eod. tit. L. 62. §. 1. D. h. t. Ribbentrop, Correalobl. S. 197—222.

58) Paullus sent. rec. II. 17. §. 3. ibiq. Schulting, Varro de re rust. II. 10. Meermann, de rebus mancip. §. 186.

59) Varro, de re rust. II. cap. 2 sq.

60) L. 3. pr. L. 38 pr.—16. D. de verb. obl. (45. 1.) L. 11. §. 8. L. 18. D. de act. emti. (19. 1.) L. 8. 21. §. 1. L. 57. pr. D. de evict. (21. 2.)

61) L. 38. §. 1. D. de verb. obl. (45. 1.)

62) L. 83. pr. D. eod. tit.

des Kaufcontractes geworden ſein. Der Käufer kann nämlich dieſelbe — jedoch nur eine Verbalcaution — regelmäßig, ſobald nicht geringfügige Sachen Gegenſtand des Handels ſind, verlangen und auf ihre Leiſtung ſogar mit der actio emti klagen[63]), weshalb dieſelbe auch zu den nothwendigen Stipulationen, und zwar zu den st. communes, zu deren Leiſtung ſowohl der Magiſtrat, als der iudex nöthigen kann, gezählt wird[64]). Der Betrag der zu verſprechenden Strafe richtet ſich nach dem Landesgebrauche[65]), oder nach der beſonderen an keine Grenze gebundenen Uebereinkunft[66]), und man hat keinen Grund anzunehmen, daß nach L. un. C. de sent. quae pro eo quod interest prof. das Maß der Strafe in casibus certis auf das duplum zu beſchränken ſei[67]). Am gebräuchlichſten war indeß die stipulatio duplae, d. i. das Verſprechen einer Strafe vom doppelten Betrage des verabredeten Kaufgeldes[68]), deren Formel alſo gelautet haben mag: Mihi heredique meo eum hominem quem de te emi habere recte licere, nec evinci eum hominem mihi heredive meo partemve eius, et si is homo a me heredeve meo petetur, tum de ea re agenda adesse et eam recte defendere ut denunciatum tibi erit, aut si ita factum non erit, quanti ea res erit, duplum praestari, dolumque malum abesse abfuturumque esse, haec spondesne[69])? Es finden ſich indeß auch Fälle, wo blos das Intereſſe zum Gegenſtande der Stipulation gemacht iſt[70]). Uebrigens wird in der Stipulation der Verkäufer ſich gewiß zur defensio ausdrücklich verpflichtet haben, es darf indeß, wie Cujacius an einer Stelle[71]) zu behaupten ſcheint, keineswegs angenommen werden, daß ſchon durch die unterlaſſene defensio die dupla verwirkt ſei[72]). Eine weitere Sicherheit außer dem bloßen Verſprechen, namentlich die Stellung von Bürgen, kann nur verlangt werden, wenn ſolches beſonders ausgemacht iſt[73]), bei der datio in solutum[74]) und im Falle der L. 24. C. h. t.

b) Iſt aber auch wegen der Evictionsleiſtung kein beſonderes Verſprechen, welches im Grunde nur dazu dient, einen beſtimmten Maßſtab

---

63) L. 22. 37. L. 56. pr. D. h. t. L. 11. §. 8. D. de act. emti. (19. 1.)

64) L. 5. pr. D. de verb. obl. Donell., Comm. ad h. l. §. 19—29.

65) L. 6. D. h. t.

66) L. 56. pr. D. h. t. Cuiac., obs. lib. XI. cap. 4.

67) Cuiac., obs. lib. 16. cap. 34. Glück, Commentar Bd. 20, S. 284 flg.

68) L. 48. D. h. t. Cui. ad Afr. VIII. ad L. 44. de act. emti. Cf. L. 13. in f. L. 64. pr. D. h. t.

69) Cuiac. ad Afric. VI. ad L. 24. h. t. Noodt, Comm. ad h. t. p. 463. In den recit. solenn. ad Cod. h. t. reſtituirt Cujacius die Stipulation ſo, daß die dupla darnach nicht durch die unterlaſſene defensio verwirkt wird. Vgl. noch Ribbentrop, Correaloblig. S. 207 in Note.

70) L. 22. §. 1. D. h. t. L. 102. D. de verb. obl.

71) Cuiac. ad L. 2. de verb. obl. verb.: et si laudatus.

72) Ribbentrop a. a. O. S. 206—208.

73) L. 4. 37. D. h. t.

74) Nov. 4. cap. 3. auth. hoc nisi C. de solut.

für die Verpflichtung des Autors zu liefern, vorgekommen, ſo haftet derſelbe doch nach der Natur des Kaufcontractes für die Entwährung der verkauften Sache[75]), indem die Tradition derſelben für nicht geſchehen gilt, si quis eam iure avocaverit[76]). Die Tradition, zu welcher der Verkäufer verpflichtet iſt, iſt alſo nicht ein nudum factum, ſondern causa bonorum[77]).

III. Rückſichtlich der Verpflichtung des Autors nach erfolgter Entwährung kommt es darauf an, ob ein beſonderer Vertrag wegen der Evictionsleiſtung geſchloſſen war oder nicht, und ob alſo mit der actio ex stipulatu, oder actio emti gegen ihn geklagt wird.

a) Im erſten Falle entſcheidet das geleiſtete Verſprechen, und bei dem Verſprechen des Doppelten, Dreifachen u. ſ. w. gilt der bedungene Kaufpreis als das Einfache. Der Fiscus wird indeß unter keinen Umſtänden zu einem Mehreren, als zur Rückgabe des Kaufpreiſes verpflichtet, ſelbſt wenn von ſeinen Vertretern ein Mehreres verſprochen ſein ſollte[78]).

Bei der Klage aus der Stipulation ergeben ſich in denjenigen Fällen, wo eine theilweiſe Eviction erfolgt, und das Verhältniß durch Vergrößerung oder Verminderung der Sache noch verwickelter geworden iſt, aus der nothwendig werdenden Repartition eines Theiles der ſtipulirten Summe auf das wirklich Evincirte beſondere Schwierigkeiten, die natürlich bei der actio ex emto, wo es blos auf Ausmittelung des Intereſſe ankommt, hinwegfallen. Streng genommen würde, wenn nur ein Theil entwährt iſt, aus der Stipulation gar nicht geklagt werden können, weil die Eviction des Ganzen als Bedingung der Stipulation angeſehen werden muß. Aus dieſem Grunde und wegen des Ausſpruches in L. 56. §. 2. D. h. t. hatten Cujas[79]) und nach ihm Neuere[80]) auch angenommen, daß bei der stipulatio duplae die Entwährung einzelner Theile ausdrücklich habe bevorwortet werden müſſen. Richtiger iſt es indeß, die in der gedachten Stelle gegebene, freilich nicht blos vom Sclavenverkauf zu verſtehende Vorſchrift, nicht als eine allgemeine zu nehmen; vielmehr folgt es[81]) ſchon aus der Natur der Stipulation ſelbſt, daß, wenn eine Sache unter Angabe von Theilen verkauft wird, z. B. ein Grundſtück von 100 Morgen, dieſelbe an ſich ſchon auf die Theile bezogen werden muß, ſo daß der Verkäufer das duplum jedes einzelnen Theiles verſprochen hat. Wo hingegen eine Sache als ein einfaches ohne Angabe von Theilen verkauft wird, wie dieſes bei Sachen, die man nicht pro diviso beſitzen kann, der Fall iſt, da mußte die Stipulation allerdings

---

75) L. 66. pr. D. de cont. emt. (18. 1.) L. 11. §. 2. D. de act. emti. L. 60. 70. D. h. t. L. 6. C. h. t.

76) L. 3. pr. D. de act. emti.

77) L. 52. §. 1. D. de verb. ob. (45. 1.) Linde, Zeitſchrift Bd. 11, S. 29.

78) L. 5. pr. D. de iure fisci. (49. 14.)

79) Ad Afric. VI. ad L. 24. h. t.

80) Thibaut, Pand. §. 183. Schweppe, röm. Privatrecht §. 442.

81) Neuſtetel, im Archiv für civil. Praxis Bd. 7, S. 212.

auf eine theilweiſe Eviction gerichtet werden. Rückſichtlich dieſer Eviction ſind nun verſchiedene, in L. 64. D. h. t. erörterte Fälle[82]) zu unterſcheiden: 1) Die verkaufte Sache wird ganz evincirt. Dann muß das duplum des Kaufpreiſes ganz geleiſtet werden, was keiner beſonderen Bemerkung bedürfte, wenn es nicht auch in dem Falle einträte, wo die Sache nach dem Kaufe und vor der Eviction durch casus oder Saumſeligkeit des Käufers vermindert oder verſchlechtert iſt. Eben ſo wenig wird aber auch die Verpflichtung des Verkäufers vergrößert, wenn die Sache vor der Eviction verbeſſert oder durch Zufall vergrößert war (L. 64. pr. cit.). Dieſe Entſcheidung iſt völlig conſequent, weil das zu Leiſtende nicht das duplum des Werthes, den die Sache zu einer beſtimmten Zeit hatte, ſondern das duplum des Kaufpreiſes iſt, und die eingetretene Verbeſſerung oder Verſchlechterung der Sache deren Identität nicht verändert, ſo daß immer die Eviction den Verluſt der ganzen Sache herbeigeführt hat. 2) Es wird ein Theil der Sache evincirt. Iſt dieſes a) ein ideeller Theil, pars pro indiviso, des Ganzen, ſo wird der zu leiſtende Betrag nach dem Verhältniſſe dieſes Theiles zum urſprünglichen Ganzen berechnet, ohne daß deſſen ſpätere Vermehrung oder Verminderung in Anſchlag käme. Sind alſo von 1000 Morgen 200 durch Waſſerfluth untergegangen, und es werden nun von einem Dritten (der natürlich einen Anſpruch auf ein ideelles Viertheil des Ganzen gehabt haben muß[83])) noch 200 Morgen evincirt, ſo wird von der dupla ein Fünftheil geleiſtet, weil 200 Morgen ein Fünftheil des urſprünglichen Ganzen bilden. Wollte man annehmen, dem Käufer müßte ein Viertheil der dupla geleiſtet werden, weil ihm von den noch gebliebenen 800 Morgen ein Viertheil evincirt ſei, ſo würde man den zufälligen Untergang von 200 Morgen dem Verkäufer zur Laſt legen, während ihn doch der Käufer tragen muß. Die noch bleibenden 800 Morgen werden alſo im Verhältniß zum Verkäufer ſo angeſehen werden müſſen, als ob es noch 1000 wären, und als ob der Käufer blos ein Fünftheil davon verloren hätte, während der Evincent mit ſeinem Anſpruche auf ein ungetheiltes Viertheil 200 Morgen als den vierten Theil des noch Vorhandenen erhalten mußte und den Verluſt von 200 Morgen dadurch mitträgt, daß er nur 200 Morgen und nicht 250 bekommt. Auf gleiche Weiſe wird in dem umgekehrten Falle gerechnet, wenn nach dem Kaufe und vor der Eviction die Sache durch Zufall größer geworden war. Wenn alſo 1000 Morgen verkauft ſind, zu dieſen 200 durch Alluvion hinzukamen und nun ein Fünftheil pro indiviso, alſo 240 Morgen evincirt werden, ſo wird nicht ein Viertheil, ſondern nur ein Fünftheil des duplum der Kaufſumme gewährt, weil wegen des Anſpruches des Dritten auf einen ideellen Theil des Ganzen die Eviction auch die Alluvion mit umfaßt, aber der

82) Donellus, de evict. cap. 7. Callet ad h. l. Meermann II. p. 328. Cuiac. ad h. l. lib. 7. ad quaest. Pap. observ. XXVI. 37. Faber, ration. ad h. l. Glück, Comment. Bd. 20, S. 330 flg. Neuſtetel, im Archiv für civ. Pr. Bd. 7, Nr. X.

83) Donellus l. c. p. 242.

Verkäufer rückſichtlich dieſer letzteren dem Käufer zu nichts verbunden iſt (L. 64. §. 1. cit.). Aus dieſen beiden Fällen zuſammengeſetzt iſt der in L. 64. §. 2. cit. entſchiedene. Sind von 1000 Morgen 200 durch Avulſion verloren gegangen, und nachher an einem anderen Theile des Grundſtückes wieder 200 durch Alluvion angeſetzt und nun ein ideelles Fünftheil evincirt, alſo 200 Morgen, ſo reichen die eben erwähnten Grundſätze zur Entſcheidung aus. Die verlorenen 200 Morgen ſind dem Käufer verloren, und die angeſetzten ſind für ihn gewonnen, ſo daß dieſer Gewinn und Verluſt dem Autor weder nützt noch ſchadet. Er präſtirt alſo weder ein Viertheil noch ein Fünftheil des doppelten Preiſes für 1000 Morgen, ſondern ein Fünftheil des doppelten Preiſes für 800 Morgen. b) Wird von dem verkauften Grundſtücke ein Theil pro diviso evincirt, ſo wird dieſer Theil nicht in ſeinem Maßverhältniſſe zum Ganzen, ſondern als ein abgeſondertes Stück betrachtet, und das duplum ſeines zur Zeit des Kaufes ſtattgefundenen Werthes präſtirt[84]). Sind indeſſen in einem ſolchen Falle beſondere Preiſe für die einzelnen Theile und nicht blos ein Preis für das Ganze beſtimmt geweſen, ſo kommt der auf den evincirten Theil ſtipulirte Preis als das Einfache des zu präſtirenden duplum in Betracht[85]).

Auf den Fall, daß ein intellectueller Antheil, pars pro indiviso, den Gegenſtand des Verkaufes bildet, geht nach Neuſtetel's Anſicht[86]) der §. 4. der L. 64. cit., in welchem derſelbe darnach vor non totum ein si, und vor quemadmodum, est einſchiebt. Dann beſtimmt die Stelle, daß im Falle Jemand an dem Grundſtücke eines Dritten einen Morgen pro indiviso beſitzt und verkauft, ſobald es ſich zeigt, daß nur ein halber Morgen pro indiviso ſein geweſen, und er alſo die Eviction der anderen Hälfte (partem dimidiam iugeri pro indiviso) zu präſtiren hat, es hier wie in den vorhin erörterten Fällen zu halten ſei, und es keinen Unterſchied begründe, ob das verkaufte Object in einem ſelbſtſtändigen Ganzen oder in dem intellectuellen Theile eines anderen Ganzen beſtehe. Dieſe Erklärung hat es für ſich, daß darnach Papinian bei ſeiner ſcharfen Caſuiſtik auch des zweiten möglichen Hauptfalles, daß das Ganze kein ſelbſtſtändiger, ſondern nur ein intellectueller Theil eines anderen Ganzen iſt, erwähnt; wem indeß die dabei nöthige Emendation des Textes zu gewagt erſcheint, der wird bei der Interpretation von Cujac. (l. c.) ſtehen bleiben können, nach welcher §. 4 cit. ſo ausgelegt wird, daß ein Morgen zwei Eigenthümern gehört, und von einem derſelben verkauft ſei, alsdann aber der Käufer nur die Hälfte erwerbe, und wegen der anderen Hälfte Evictionsleiſtung fordern könne.

Dieſe Regeln über die Evictionsleiſtung für entwährte Theile eines Ganzen finden jedoch nur ſtatt, wenn Theile, die mit dem Ganzen gleichartig ſind, z. B. Stücke eines Ackers, evincirt werden. Tritt die Eviction ungleichartiger Theile ein, z. B. einzelner Stücke des Baumaterials eines

84) L. 64. §. 3. cit. L. 1. L. 13. 14. 45. D. h. t.
85) L. 53. pr. D. h. t.
86) Archiv für civiliſtiſche Praxis Bd. 7, S. 217.

verkauften Schiffes oder Hauſes, ſo findet die actio ex stipulatu gar nicht ſtatt, ſondern nur die actio ex emto[87]). Endlich iſt bei der actio ex stipulatu, welche, wie oben bemerkt, auch wegen Entwährung des Nießbrauches ſtattfindet, noch anzuführen, daß ſie wegen Eviction der Früchte der verkauften Sache, oder der nach dem Kaufe geborenen Jungen verkaufter Thiere nicht angeſtellt werden kann[88]). Auch verſteht es ſich von ſelbſt, daß der Verkäufer, dem erſt ein Theil und dann das Ganze evincirt worden iſt, ſich dasjenige, was er auf den Theil von ſeinem Autor erhielt, auf das nachher noch wegen des Ganzen zu fordernden duplum abrechnen laſſen muß[89]).

b) Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleiſtung iſt aber auch ſchon, abgeſehen von einem beſonderen darauf gerichteten Verſprechen, in der Natur des Kaufcontractes begründet, und mit der actio emti geltend zu machen. Der Verkäufer muß die verkaufte Sache tradiren; dieſes Tradiren ſoll indeß nicht ein nudum factum, ein bloßes Hingeben, wie zum Beſehen, ſein, ſondern causa bonorum[90]), und kann nicht für geſchehen gelten, ſobald dem Käufer der Beſitz der Sache von einem Dritten wieder abgenommen wird[91]). Es entſpricht alſo der Natur des Kaufcontractes, daß in einem ſolchen Falle der Verkäufer wegen unterlaſſener Erfüllung ſeiner Pflicht zur giltigen Uebertragung für das Intereſſe haftet. — Zunächſt wird nun in mehreren Stellen gelehrt[92]), es könne, wenn die stipulatio duplae unterblieben ſei, mit der actio emti dennoch auf die dupla geklagt werden. Dieſe Stellen ſind indeß dahin zu verſtehen, daß entweder, wenn die Stipulation moris et consuetudinis ſei, der Richter im bonae fidei iudicium ſie ergänzen kann[93]), oder daß die Stipulation als aus Verſehen unterblieben betrachtet werden muß[94]). Sonſt geht die actio emti auf das volle Intereſſe des Käufers, und daher nicht blos auf Rückgabe des Kaufpreiſes[95]). Hat ſich alſo der Werth der Sache nicht vermehrt oder vermindert, ſo wird es regelmäßig bei der Rückgabe des Kaufpreiſes bleiben, iſt indeß die Sache deteriorirt oder meliorirt, ſo kommt das Intereſſe in Anſchlag, welches der Käufer zur Zeit der Eviction hatte[96]), doch darf in dem Falle einer Verbeſſerung der Sache das Intereſſe des Käufers nicht über das duplum des Kaufpreiſes berechnet werden[97]), eine Beſtimmung, die von Juſtinian in der L. un. C. de sent. quae pro eo quod interest prof.

---

87) L. 36. h. t.

88) L. 43. 62. §. 2. D. h. t.

89) L. 48. D. h. t.

90) L. 52. §. 1. D. de verb. obl. (45. 1.)

91) L. 3. pr. L. 11. §. 2. D. de act. emti. (19. 1.)

92) Paullus sent. rec. II. tit. 17. §. 2. L. 2. D. h. t. ähnlich L. 31. §. 20. D. de aedil. Edicto. (21. 1.)

93) L. 7. D. de neg. gest. (3. 5.)

94) L. 37. §. ult. D. h. t. Cuiac., paratitta in tit. Cod. 8. 44.

95) L. 8. 60. 70. D. h. t. L. 43. D. de act. emti. (19. 1.) L. 23. C. h. t.

96) L. 43. 45. pr. D. de act. emti. (19. 1.) L. 70. D. h. t.

97) L. 44. D. de act. emti. (19. 1.) Callet l. c. p. 326.

allgemein ausgeſprochen iſt, und die man mit Cujacius (ad Afric. VIII. ad L. 44. cit.) durch den Satz, nimia resecari bonae fidei iudicio et quod excedit duplum nimium id certe esse, erklären muß. Rückſichtlich der etwa vom Käufer auf die evincirte Sache gemachten Verwendungen muß beachtet werden, ob derſelbe vermittelſt des Retentionsrechtes deren Erſtattung vom Evincenten erlangen konnte, und wenn ihm dieſes möglich war, ſo werden ſie ihm von ſeinem Autor nicht mit vergütet[98]). Standen die Verwendungen dagegen vom Evincenten nicht zu erlangen, weil ſie entweder impensae voluptuosae waren, oder der Käufer nicht im Beſitze der Sache war und das Retentionsrecht nicht üben konnte, ſo muß der Autor ſie erſtatten; dem Käufer werden indeß die Früchte, die er dadurch gewann und dem Evincenten nicht mit herauszugeben brauchte, darauf abgerechnet[99]). Eben ſo muß der Autor auch den Werth blos zufälliger Verbeſſerungen und Vermehrungen, z. B. von Alluvionen, für welche der Evincent nichts vergütet, mit bezahlen[100]). Zu dem Intereſſe gehören auch die Zinſen des Kaufgeldes, inſofern ſie nicht durch die Früchte der Sache gedeckt ſind[101]), der Gewinn, der durch die erkaufte Sache zu erlangen ſtand, z. B. die einem evincirten Sclaven hinterlaſſene Erbſchaft[102]), und der Betrag der auf den Evictionsprozeß verwendeten Koſten[103]). Uebrigens verſteht es ſich nach dem Bisherigen von ſelbſt, daß, wenn eine von mehreren zugleich verkauften Sachen evincirt wird, das Intereſſe des Käufers gerade bei der evincirten Sache ohne Rückſicht auf den Werth aller übrigen in Anſchlag kommt, indem man für jede einzelne Sache eine beſondere Klage auf Evictionsleiſtung annimmt[104]). Bei der Eviction eines Theiles der gekauften Sache gelten bei der actio emti inſofern andere Grundſätze als bei der actio ex stipulatu, als bei jener das Intereſſe, welches der Käufer bei dem beſtimmten evincirten Theile, und bei der durch die Eviction eines Theiles etwa veranlaßten Verſchlechterung der ganzen Sache hatte, berückſichtigt wird[105]). — Von der Verpflichtung zum vollſtändigen Schadenerſatze kann ſich übrigens eben ſo wenig der Autor, als der für ihn eingetretene Bürge, dadurch befreien, daß er nach erfolgter Entwährung die evincirte Sache wieder herbeiſchafft, er hat vielmehr auch alle Koſten und Schäden mit zu erſetzen, wenn ihm dieſes Auskunftsmittel helfen ſoll[106]).

---

98) L. 45. §. 1. D. de act. emti. (19. 1.)
99) L. 9. 16. C. h. t.
100) L. 15. 16. 66. §. 3. D. h. t.
101) L. 74. §. 1. D. h. t.
102) L. 9. 51. §. 3. D. h. t.
103) L. 17. C. h. t. Voet, C. ad h. t. §. 25. Pufendorf II. 35. §. 19. L. 15. D. de doli except. (44. 4.) L. 13. D. ratam rem haberi. (46. 8.)
104) L. 47. 72. D. h. t. Ueber datio in solutum L. 46. D. de solut. (46. 3.), Cuiac. ad Afr. VIII. ad L. 47. cit. und Rechtslexikon Bd. 3, S. 247.
105) L. 8. 15. §. 1. 2. L. 44. D. h. t.
106) L. 67. D. h. t. L. 16. D. de doli except.

c) Rückſichtlich der Klagen auf Evictionsleiſtung iſt noch zu bemerken, daß mehrere Verkäufer oder mehrere Erben eines Verkäufers nur pro rata haften[107], ausgenommen wenn ſie ſich in solidum verpflichtet haben, von welchem Falle L. 51. §. 4. h. t. zu verſtehen iſt[108], wenn die mehreren Autoren wegen eines dolus haften[109], oder wenn vom Teſtator mehreren Erben das ſolidariſche Haften aufgelegt iſt. Der Fall der L. 65. D. h. t., den Glück[110] als Ausnahmsfall anführt, iſt im Grunde kein ſolcher, es iſt nämlich in dieſer Stelle ausgeſprochen, daß von zwei Verkäufern einer verpfändeten Sache beide haften, wenn auch der eine für ſeinen Antheil die Sache von dem Pfandrechte befreit, ſobald die Eviction mittelſt der actio hypothecaria erfolgt und der letzte keine Ceſſion der Klage gegen ſeinen Mitverkäufer fordern, ſondern höchſtens die in dem ſonſt zwiſchen ihm und dieſem ſtattfindenden Verhältniſſe begründete Klage anſtellen kann[111]).

Die Klage auf Eviction iſt übrigens immer nur gegen den unmittelbaren Autor anzuſtellen, und gegen den entfernteren nur auf den Grund einer von jenem erlangten Klagenceſſion[112]). Eine ſcheinbare Ausnahme hiervon bilden die in L. 22. §. 1. h. t. und L. 71. h. t. enthaltenen Beſtimmungen, daß die Frau und der Vater der Frau gegen ihren Autor, von dem ſie die Dotalſachen acquirirt hatten, klagen können, wenn die dos evincirt wird, ohne daß ſie die Regreßnahme des Ehemannes wegen der Eviction abzuwarten brauchten.

Endlich concurriren im Falle der Schließung einer stipulatio duplae die actio ex stipulatu und die actio ex emto electiv, und der Käufer kann, wenn ſich ſein Intereſſe höher als auf die dupla beläuft, mit dieſer nachfordern, was er mit jener nicht erlangt hat.

IV. Es iſt jetzt derjenigen Fälle Erwähnung zu thun, in welchen das Recht auf Evictionsleiſtung hinwegfällt.

1) Die erſte Ausnahme pflegt rückſichtlich der ſogen. universitates iuris behauptet zu werden. Man unterſcheidet gewöhnlich die universitates facti und iuris und läßt bei erſten den Evictionsregreß wegen einzelner daraus entwährter Sachen zu, bei letzteren aber nur wegen Eviction des Ganzen oder einer pars quota, wegen Entwährung einzelner Theile aber nur, wenn dieſelben namentlich als Gegenſtand des Verkaufes mit bezeichnet ſind[113]). Indeſſen möchte es richtiger ſein, den Unter-

---

107) L. 139. in f. D. de verb. obl. L. 39. §. 2. D. h. t. Ribbentrop, Correalobl. S. 199. L. 2. C. h. t.

108) Ribbentrop a. a. O. S. 200.

109) L. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil.

110) Comment. Bd. 20, S. 425.

111) Cuiac. ad h. l. lib. VIII. ad Quaest. Papin.

112) L. 33. 59. D. h. t. über den Fiſcus L. 3. C. quando fiscus vel privatus. (4. 15.)

113) Callet ad L. 1. C. h. t. Meerm. vol. 2. p. 315. Cuiac., rec. sol. ad L. 1. C. h. t. Glück, Comm. Bd. 20, S. 214 flg. Die citirten Geſetze ſind L. 5. D. h. t. L. 1. C. h. t. L. 38. pr. D. de act. emti. (19. 1.) L. 7. 14. §. 1. L. 15. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.)

ſchied zwiſchen universitas facti und iuris, wobei man bei den letzteren an eine Vermögensmaſſe denkt, ganz aufzugeben, indem es nur darauf ankommt, ob das Ganze als ſolches, als Begriffsganzes, und ohne Rückſicht auf die einzelnen Theile in Frage ſteht, und in dieſem Falle dann für alle universitates daſſelbe gilt. Die universitas iuris läßt ſich freilich noch in einer anderen Beziehung unterſcheiden[114]), allein bei der Frage von der Evictionsleiſtung kommt es lediglich darauf an, ob eine Geſammtheit als Begriffsganzes in Frage ſtand, und dann wird für Entwährung einzelner Sachen nicht gehaftet. Entweder gehörte das evincirte Stück zu der universitas, und dann hat es der Käufer iniuria iudicis verloren, oder es gehörte nicht dazu, und dann war es ihm gar nicht mit verkauft, weil er nicht die einzelnen Stücke, ſondern ein Begriffsganzes gekauft hat[115]), welches ohne Rückſicht auf beſtimmte einzelne Stücke gedacht wird.

2) Wenn der Käufer wiſſentlich eine fremde oder verpfändete Sache an ſich brachte, ſo kann er bei erfolgter Eviction keine Entſchädigung von ſeinem Autor fordern und nach der — freilich früher oft beſtrittenen, aber gewiß nicht wegzuleugnenden — Beſtimmung der Geſetze auch nicht einmal den gezahlten Kaufpreis zurückverlangen[116]). Von dieſer Beſtimmung finden jedoch wieder folgende Ausnahmen ſtatt: a) Wenn der Erbe eine Sache, welche einem Dritten legirt war, verkauft, ſo kann der Legatar die Sache von dem Käufer vindiciren, und dieſer alsdann — womit der Erbe geſtraft ſein ſoll — von letzterem den Kaufpreis wiederfordern, ſelbſt wenn ihm das Verhältniß der Sache bekannt geweſen iſt[117]). b) Hat ein Pfandgläubiger auf betrügliche Weiſe das Pfand verkauft, und der Schuldner vindicirt daſſelbe von dem als doli particeps zu betrachtenden Käufer, ſo kann dieſer vom Schuldner doch noch die Reſtitution des dafür gezahlten Preiſes ſammt Zinſen verlangen, weil die Schuld des Schuldners ja eben um dieſen Betrag verringert iſt[118]). c) Sind Sachen der Kirchen oder frommen Stiftungen widerrechtlich veräußert, ſo können dieſelben zwar den Käufern wieder abgenommen werden, aber dieſen ſoll, ſelbſt im Falle ſie in mala fide waren, ein Anſpruch auf Rückgabe des Kaufgeldes gegen die Verwalter des Kirchenvermögens zuſtehen[119]).

3) Der Evictionsregreß fällt weg, wenn es an den oben sub I. angegebenen allgemeinen Vorausſetzungen fehlt, oder der Käufer die ihm in Beziehung auf den Prozeß mit dem Evincenten obliegenden daſelbſt angegebenen Verpflichtungen vernachläſſigt hat.

4) Der Pfandgläubiger, welcher iure creditoris verkauft, haftet nicht für Eviction, der Käufer hat ſich vielmehr an den Schuldner, in

114) Kierulf, Theorie des gem. Civilrechtes Bd. 1, S. 321.
115) L. 5. D. h. t.
116) L. 27. C. h. t.
117) L. 4. §. ult. C. comm. de leg. (6. 43.)
118) L. 1. C. si vendito pign. agut. VIII. 30.
119) Novella 7. cap. 5.

deſſen Namen der Gläubiger verfuhr, zu halten[120]). Wenn er dagegen iure communi verfuhr, d. i. wenn er das Pfand als ſeine eigene Sache verkaufte, oder Evictionsleiſtung verſprach[121]), ſo haftet er für die Eviction[122]), und ebenſo, wenn er in dolo war, wenn die Eviction auf den Grund eines älteren Pfandrechtes erfolgte[123]), oder wenn er die Formen und Requiſite des Verkaufes nicht beachtete[124]). Sind im Wege der Execution abgepfändete Sachen verkauft und evincirt, ſo haftet nicht der verkaufende Beamte, ſondern der Schuldner, und auch dieſer nur auf den Betrag des gezahlten Preiſes ſammt Zinſen nach Abzug der vom Käufer etwa gezogenen Früchte[125]).

5) Die Verbindlichkeit zur Evictionsleiſtung kann auch in Folge eines beſonderen Vertrages, pactum de non praestanda evictione, hinwegfallen. Die Giltigkeit eines ſolchen Vertrages wird in L. 10. D. de hered. vel act. vendita beſtimmt behauptet, über ſeine Folgen, welche in L. 11. §. 18. D. de act. emti näher auseinander geſetzt werden, haben ſich aber eine Menge abweichender Anſichten gebildet[126]). Da das Geſetz wirklich keine jener Verſchiedenheit der Meinungen entſprechende Schwierigkeiten darbietet, ſo iſt es angemeſſen, hier nur ſeinen Sinn anzugeben. Ulpian unterſucht den Sinn der stipulatio habere licere, und entſcheidet, daß, wenn der Verkäufer blos verſprochen habe: per se venientesque a se personas non fieri quo minus habere liceat, für eine durch dritte Perſonen geſchehene Eviction nicht gehaftet werde[127]). Dann wird die abweichende Meinung von Julian angeführt, welcher L. 15. D. behauptet hatte: in dieſem Falle, ſo wie bei der Verabredung nihil evictionis nomine praestatum iri, laſſe ſich wohl annehmen, daß nach erfolgter Eviction keine Klage auf das Intereſſe, wohl aber die actio ex emto auf Rückgabe des Kaufpreiſes ſtattfinde, denn es entſpreche der Natur des Kaufes als eines b. f. negotium nicht, daß der Käufer die Sache verlieren, und der Verkäufer den Preis behalten ſolle, wenn man nicht etwa vorziehe, die Sache ſo zu betrachten, als habe der Käufer, wie bei einer emtio spei, ſich gerade der Gefahr dieſes Verluſtes durch jene Beredung unterwerfen wollen. Dieſe Anſicht von Julian wird dann von Ulpian am Schluſſe der Stelle entſchieden verworfen, und blos für den Fall, daß der Verkäufer wiſſentlich eine fremde Sache

120) Tit. Cod. cred. evict. pign. non debere §. 46. L. 38. D. h. t. L. 10. D. de distr. pign. (20. 5.)

121) Cuiac., recit. sol. ad tit. C. cit.

122) L. 59. §. 4. D. mandati. (17. 1.)

123) L. 1. C. cred. evict. pign. non debere. (8. 46.)

124) L. 12. §. 1. D. de distr. pign. (20. 5.)

125) L. 50. L. 74. §. 1. D. h. t. L. 13. C. h. t.

126) Franc. Callet l. c. p. 327. Cuiac. ad L. 11. §. 18. de act. emti. J. H. Böhmer, vindiciae iuridicae pacti de non pr. ev. in exerc. ad P. IV. nr. 61. Alef, veritas communis op. circa pact. de non pr. ev. contra novissimos Böhmeri errores vindicata. Heidelb. 1736. G. L. Böhmer, repet. vindiciae pacti de non pr. ev. etc. Halae Magd. 1737. Glück, Comment. Bd. 20, §. 1121.

127) Cf. Cuiac. ad L. 38. de Verb. Obl.

verkauft hatte, und alſo bei dem pactum de non praestanda evictione in dolo war, gebilligt. Nach dieſem Inhalte der Stelle muß man denn der Meinung von Ulpian vor der ausdrücklich verworfenen und gar nicht einmal beſtimmten Anſicht von Julian den Vorzug einräumen. Von ſelbſt verſteht es ſich dabei, daß der Regreß, den Ulpian im Falle eines dolus des Verkäufers geſtattet, nicht blos auf Rückgabe des Preiſes, ſondern auf das Intereſſe geht[128]). Man muß übrigens einen Kauf, bei welchem die Verpflichtung des Verkäufers zur Evictionsleiſtung erlaſſen iſt, für ein mit einer Schenkung gemiſchtes Geſchäft halten[129]).

V. Zuletzt iſt noch einer Reihe anderer Rechtsgeſchäfte außer dem Kaufe Erwähnung zu thun, bei welchen die Gewährleiſtung für eine ſtattgefundene Uebertragung in Frage kommt.

1) Bei Schenkungen iſt es von je ſtreitig geweſen, ob und in wie weit der Schenker für Eviction hafte. Die Gloſſe[130]) unterſcheidet, ob die Schenkung a promissione oder a datione begonnen hat, und läßt im erſteren Falle einen Evictionsregreß zu, nicht aber im letzteren. Später herrſchte eine Zeit lang die Anſicht[131]), daß der Schenker ohne beſonderes Verſprechen für Eviction nicht hafte, und endlich machte ſich die Meinung geltend[132]), daß man zu unterſcheiden habe, ob ex genere, ob eine species, oder ob mixtim eine gewiſſe Sache aus einem beſtimmten Complexus von Sachen geſchenkt ſei; im erſten und letzten Falle finde die Evictionsleiſtung ſtatt, außer bei Entwährung der Geſammtheit, aus welcher die einzelne Sache zu geben war, nicht aber im zweiten. Man wird über die ganze Frage indeß zu keiner klaren Anſicht gelangen, wenn man nicht die verſchiedenen Formen der Perfection der Schenkung unterſcheidet, von denen natürlich überall blos diejenigen, durch welche Sachen übertragen werden ſollen, in Betracht kommen können. Die nähere Erörterung dieſer Formen muß einem ſpäteren Artikel vorbehalten bleiben, und hier nur bemerkt werden: a) Bei der mera et simplex datio oder der rerum donatio, welche durch einfaches Hingeben perfect wird, iſt an keine Evictionsleiſtung zu denken. Dieſe Schenkung iſt ein einfacher iſolirter Act, welcher weder einen Grund, noch eine über ſeine Vornahme hinaus zwiſchen den Parteien dauernde Wirkung hat[133]). b) Rückſichtlich der Schenkungsverträge muß man trennen α) die einfache stipulatio donandi animo facta. Hier iſt das durch die Stipulation conſtituirte Forderungsrecht das Geſchenkte, und mit dem Geben des Gegenſtandes der Stipulation wird nicht geſchenkt, ſondern bezahlt.

---

128) L. 6. §. ult. D. de act. emti. (19. 1.)

129) L. 31. §. 1. D. de donat. int. vir. et uxorem. (24. 1.) v. Savigny, Syſtem Bd. 4, S. 101.

130) Ad L. 1. C. de iure dot. ad L. 18. D. de donat.

131) Callet ad L. 2. C. de evict. Meermann II. p. 316. Donell. ad L. 2. C. de evict. nr. 6. Thibaut, civil. Abh. Nr. IV.

132) Koch, de evictione non indistincte praest. Giessae 1774. Glück, Comment. Bd. 20, §. 1119.

133) Gans, Obligationenrecht S. 198, 199. L. 18. §. ult. D. de donat. (39. 1.)

Wird alſo eine fremde Sache gegeben, ſo wird die Verpflichtung ad dandum nicht erfüllt, und die Klage aus der Stipulation dauert fort[134]. β) Beſondere Schwierigkeiten ergeben ſich für die im Juſtinianiſchen Rechte, namentlich in L. 35. C. de don. vorgeſchriebenen Formen. Hier iſt das einfache Verſprechen klagbar gemacht, und die Nothwendigkeit der Tradition der geſchenkten Sache erlaſſen, ſo daß theils noch das einfache Verſprechen allein die Schenkung nicht inſofern vollendet, als man nur das nomen, nicht aber die Sache ſelbſt als deren Gegenſtand zu betrachten hätte, theils aber das wirkliche Geben kein Schenken, ſondern nur ein Zahlen iſt, zu dem der Schenker genöthigt werden kann. Es bleibt alſo vollkommen zweifelhaft, ob man die Grundſätze sub a) von der rerum donatio, oder die Grundſätze sub b) von der promissio donandi causa facta anwenden ſoll, und in dieſem Zweifel bleibt kein Ausweg übrig, als daß man die Analogie deſſen, was bei Legaten gilt[135], befolgt, ſo daß bei der Schenkung einer Sache ex genere für Eviction gehaftet wird, nicht aber bei einer verſchenkten species[136]; und bei einer evincirten species der Empfänger dann Entſchädigungsanſprüche hat, wenn er beweiſt, daß der Schenker wiſſentlich eine fremde Sache verſchenke[137]. Die remuneratoriſche Schenkung iſt wie jede andere zu behandeln, die donatio sub modo ſteht dagegen einem Innominatcontracte gleich.

2) Bei dem Tauſche findet abweichend vom Kaufe ſogar die Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung ſtatt. Wenn alſo eine fremde Sache gegeben, ſo kann der Empfänger, ſelbſt bevor die Eviction wirklich erfolgt iſt, entweder mit der actio praescriptis verbis auf Entſchädigung klagen, oder das ganze Geſchäft ob causam non secutam aufheben und das ſeinerſeits Gegebene wiederfordern[138].

3) Bei der Erbtheilung findet auf Evictionsleiſtung die actio praescriptis verbis ſtatt. S. Rechtslexikon Bd. 3, S. 954.

4) Bei einem geſchloſſenen Vergleiche iſt rückſichtlich der Frage von dem Anſpruche auf Evictionsleiſtung zu unterſcheiden. Wird der ſtreitige Gegenſtand ſelbſt, an welchem der eine Tranſigent vergleichsweiſe ſeine Anſprüche aufgab, evincirt, ſo haftet ihm ſein Gegner nicht für Eviction, da ſich gar nicht behaupten läßt, daß eine Uebertragung der Sache vorgekommen ſei, für deren Giltigkeit eingeſtanden werden müßte. Der Vergleich ſelbſt bleibt auch in einem ſolchen Falle unanfechtbar. Iſt dagegen dasjenige gar nicht im Streite befangene Object evincirt, welches der eine Tranſigent von dem anderen für Aufgeben ſeiner Anſprüche bekam, ſo findet allerdings ein Anſpruch auf Gewährleiſtung ſtatt, der mit der

---

134) L. 75. §. ult. D. de verb. obl. (45. 1.) L. 107. D. de reg. iur.

135) Die nach L. 36. D. de leg. (2.) §. 1. J. de leg. (2. 20.) paſſend ſein dürfte.

136) L. 45. §. 1. L. 71. §. 1. D. de leg. I. L. 29. §. 3. D. de leg. III. L. 58. D. h. t.

137) §. 4. J. de leg. (2. 20.) L. 10. C. eod. tit.

138) Cuiac., obs. XXIII. cap. 28. L. 1. §. 1. D. de perm. (19. 6.) L. 1. C. eod. tit. L. 29. C. h. t.

actio ex stipulatu oder actio praescriptis verbis geltend zu machen iſt[139]).

5) Ueber datio in solutum ſiehe Rechtslexikon Bd. 3, S. 247.

6) Ueber die Brautgabe ſiehe Rechtslexikon Bd. 2, S. 403.

7) Wird ein gegebenes Lehen evincirt, ſo haftet der Lehnsherr dafür, und muß entweder eine andere Sache von gleichem Werthe zum Lehen hingeben, oder, wenn er ſolche nicht hat, den Werth und das Intereſſe vergüten[140]), in welchem Falle der Vaſall ſich mit dem ſubſtituirten Werth ein Lehen anzuſchaffen hat. Bei einem Afterlehn haftet nur der unmittelbare Lehnsherr, der ſich indeß durch Klagenceſſion befreien kann, und beim feudum oblatum nicht der Lehnsherr, ſondern der Vaſall für Eviction. Was übrigens von der Eviction des ganzen Lehens gilt, iſt auch auf die Eviction einzelner Stücke anzuwenden[141]).

8) Beim Pfandcontracte wird ebenfalls für Eviction gehaftet. Hat der Schuldner dem Gläubiger eine fremde oder bereits anderweit verpfändete Sache verpfändet, ſo kann er mit der actio pigneratitia contraria auf Entſchädigung in Anſpruch genommen werden[142]), wenn dem Gläubiger das Verhältniß der Sache nicht bekannt geweſen iſt[143]).

9) Wird eine vermiethete Sache dem Miether evincirt, ſo kommt es darauf an, ob der Vermiether in bona fide oder in mala fide war. Im erſten Falle kann er von dem Augenblicke an, wo dem Miether die Benutzung der Sache entzogen wurde, kein Miethgeld fordern, im zweiten Falle hat er demſelben das volle Intereſſe zu erſetzen[144]).

10) Ueber die Haftung des Cedenten bei einer cedirten Forderung ſiehe Rechtslexikon Bd. 2, S. 653.

Liebe.

Gewalt, Verbrechen der Gewaltthätigkeit, crimen vis[1]). In dem Syſteme des gemeinen Strafrechtes muß ein beſonderes Verbrechen der Gewaltthätigkeit angenommen werden, für deſſen Begriff und Thatbeſtand zunächſt das römiſche Recht Entſcheidungsquelle iſt. Der auf dieſes Verbrechen bezügliche Theil der juſtinianiſchen Compilation ſchließt ſich an eine von Auguſtus herrührende lex Julia de vi an, in welcher zwiſchen vis publica und zwiſchen vis privata unterſchieden war[2]). Die

139) L. 33. C. de transact.

140) II. F. 8. pr. 25. 80. 96. Sächſ. Lehnr. Art. 35. Schwab. Lehnrecht Art. 38.

141) Strube, rechtl. Bedenken 1. 112.

142) L. 9. pr. L. 32. L. 36. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.)

143) L. 16. §. 1. eod. tit.

144) L. 33—35. D. locati. (19. 2.) Cuiac. ad hh. ll. ad Afric. tract. VIII. Böhmer, electa iuris civil. tom. I. nr. I. §. 16.

1) Von der auf dieſes Verbrechen bezüglichen Literatur iſt vorzüglich zu bemerken: Loew, commentatio de praeceptis iuris romani circa crimen vis. 1829. Petermann, comment. de praeceptis iur. rom. circa crimen vis. 1832. Madai, commentatio iuris rom. de vi publica et privata. 1832. Wächter, im neuen Archive des C.-R. Bd. 11, S. 635 flg., Bd. 12, S. 342 flg., Bd. 13, S. 1 flg., S. 195 flg. und S. 374 flg.

2) Es iſt indeſſen ſehr beſtritten, ob es nur eine lex Julia de vi gegeben, oder ob ein beſonderes Geſetz de vi publica und ein anderes de vi privata

Bedeutung dieſer Unterſcheidung beſtand darin, daß die vis publica mit härterer Strafe, als die vis privata belegt wurde. Nach dieſer Unterſcheidung wird auch in den Pandecten in verſchiedenen Titeln von dem crimen vis gehandelt [3]). Man darf aber darum nicht glauben, daß alle Fälle, die im juſtinianiſchen Rechte zu der einen oder anderen Art der Gewaltthätigkeit gerechnet werden, die nämliche Stellung in der lex Julia de vi gehabt haben. Es wurden vielmehr in der juſtinianiſchen Geſetzgebung mehrere Fälle, die nach der lex Julia zur vis privata gehörten, unter die Strafbeſtimmungen gegen die vis publica geſtellt, um ſie mit härterer Strafe treffen zu können [4]). Auch waren in der lex Julia de vi manche Fälle noch nicht begriffen, die nach juſtinianiſchem Rechte als crimen vis aufgefaßt werden können, indem der urſprüngliche Inhalt jenes Geſetzes ſchon vor Juſtinian durch Interpretation der Juriſten, Senatusconſulte und kaiſerliche Reſcripte erweitert worden war [5]). Für das heutige gemeine Strafrecht kann es nur darauf ankommen, die Fälle zu beſtimmen, die nach juſtinianiſchem Rechte überhaupt zum crimen vis und im beſonderen zu der einen oder anderen Art der Gewaltthätigkeit gerechnet werden müſſen.

Das juſtinianiſche Recht nimmt einen allgemeinen Begriff ſtrafbarer Gewalt an, der ſchon von den claſſiſchen Juriſten in der Weiſe ausgebildet worden war, daß alle Handlungen, die unter dieſen Begriff fielen, als crimen vis angeſehen und entweder mit der Strafe der vis publica oder mit der Strafe der vis privata belegt wurden [6]). Nach dieſem Begriffe gehören zum crimen vis alle Handlungen, durch welche einer Perſon widerrechtlicher Zwang angethan und dieſelbe genöthigt werden ſoll, wider ihren Willen etwas zu thun, oder zu unterlaſſen, oder zu dulden [7]). Das weſentliche Merkmal, durch das ſich das crimen vis von anderen Verbrechen unterſcheidet, iſt ſeine Richtung gegen die Freiheit des Willens, indem der Gezwungene durch die Gewalt zu einem

---

gehandelt habe. Während Wächter, a. a. O. Bd. 13, S. 219, mit überwiegenden Gründen das Erſtere behauptet, iſt Mabai, a. a. O. §. 12, der entgegengeſetzten Meinung.

3) Tit. D. ad leg. Juliam de vi publica. (48. 6.) Tit. D. ad leg. Jul. de vi privata. (48. 7.) Im Codex iſt nur ein Titel ad legem Juliam de vi publica vel privata. (9. 12.)

4) Vgl. darüber Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 44 flg. und S. 195 flg.

5) Vgl. Wächter a. a. O. S. 212.

6) L. 152. D. de R. J. (L. 17.) Ulpian ad edictum: Hoc iure utimur, ut quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicae aut in vis privatae crimen incidat.

7) Das Wort vis kommt in den Quellen in einem weiteren und in einem engeren Sinne vor. Im weiteren Sinne bedeutet es jede gegen den Willen eines Anderen unternommene Handlung, wenn auch gar keine perſönliche Gewalt gegen denſelben damit verbunden war. L. 1. §. 5—9. L. 20. pr. §. 1. 2. D. quod vi aut clam. (43. 24.) Im engeren Sinne bezeichnet es die gegen die Perſon des Gezwungenen gehende Gewalt, die in den Quellen auch als vis atrox bezeichnet wird. L. 1. 2. 3. §. 1. D. quod metus causa. (4. 2.) L. 1. §. 3. 29. D. de vi. (43. 16.) Daß bei dem crimen vis nur an vis in dieſem Sinne gedacht iſt, vgl. Wächter a. a. O. Bd. 11, S. 635 flg.

Handeln, Unterlaſſen oder Dulden genöthigt werden ſoll [8]). Von welcher Art dieſes Handeln, Unterlaſſen oder Dulden ſei, iſt für den Begriff des Verbrechens an und für ſich gleichgiltig; aber es iſt möglich, daß das crimen vis wegen jener Art zugleich als ein anderes Verbrechen aufgefaßt werden kann, in welchem Falle bei dem römiſchen Accuſationsproceſſe der Ankläger die Wahl hatte, ob er wegen des crimen vis oder wegen des anderen Verbrechens anklagen wollte [9]). Die Strafe des crimen vis war verſchieden, je nachdem die angethane Gewalt zur vis publica oder zur vis privata gerechnet wurde. Die regelmäßige Strafe der vis publica war Deportation [10]). In einzelnen ſogleich zu erwähnenden Fällen ſollte Todesſtrafe eintreten. Auch ſollte die Strafe der Deportation regelmäßig in Todesſtrafe verwandelt werden, wenn der Verbrecher eine vilis persona oder infam war, oder überführt wurde, wiederholte Gewaltthätigkeiten begangen zu haben [11]). Die Strafe der vis privata war Confiscation des dritten Theiles des Vermögens und Infamie [12]).

Was nun den Unterſchied zwiſchen vis publica und vis privata betrifft, ſo ſollten nach dem neueſten juſtinianiſchen Rechte folgende Fälle zur vis publica gerechnet werden: 1) Wer Waffenvorräthe in ſeiner Behauſung oder Beſitzung aufhäuft [13]) und wer an öffentlichen Orten be-

---

8) Vgl. Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 243.

9) So kann z. B. das crimen vis ein Mittel ſein, Jemanden zu tödten, indem er etwa gezwungen wird, Gift einzunehmen, oder indem er eingeſperrt wird, ohne Nahrungsmittel zu erhalten. In einem ſolchen Falle konnte der Ankläger nach der lex Cornelia de sicariis klagen, wenn er ſich getrauete, den animus occidendi zu beweiſen; aber er konnte auch, wenn ihm das bedenklich ſchien, nach der lex Julia de vi klagen, um den Verbrecher wenigſtens mit der Strafe dieſes Geſetzes belegen zu laſſen.

10) §. 8. J. de publ. iudiciis. (4. 8.) L. 7. C. ad leg. Jul. de vi. (9. 12.)

11) L. 8. §. 1. C. ad leg. Jul. de vi. (9. 12.)

12) §. 8. J. de publ. iudiciis. (4. 8.) L. 1. pr. L. 8. D. ad leg. Jul. de vi priv. (48. 7.) Die angegebene Strafe der Confiscation war ſchon in der lex Julia vorgeſchrieben. Zu dieſer Strafe kam die Infamie als ein ſich von ſelbſt verſtehender Zuſatz hinzu, als der Grundſatz aufkam, daß Jeder nach einer lex iudiciorum publicorum Verurtheilte infam würde. Nach einem Zeugniſſe des Paullus, sentent. recept. V. 26. §. 3., wurde die vis privata außerdem noch mit Relegation beſtraft. Allein dieſe Strafe, die in der zwiſchen Auguſtus und Paullus liegenden Zeit aufgekommen ſein muß, wurde von Juſtinian entſchieden wieder aufgegeben, was auch um ſo eher geſchehen konnte, als Juſtinian die ſchwereren Fälle der vis privata unter die vis publica geſtellt hatte, um ſie mit der gegen dieſe vorgeſchriebenen Strafe zu treffen. Vgl. Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 222 flg., S. 240. Nur in einem ſpeciellen Falle ließ Juſtinian auch die Strafe der Relegation fortbeſtehen. L. 4. §. 1. D. de vi incend. ruin. (47. 9.) Nach der allgemeinen Faſſung der in L. 8. C. ad leg. Jul. de vi (9. 21.) enthaltenen Vorſchrift muß man indeſſen annehmen, daß ſolche, die mehrmals Gewalt verübten, ſo wie auch Infame und Perſonen niederſten Standes auch wegen vis privata mit dem Tode beſtraft werden konnten. Vgl. Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 241.

13) L. 1. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48. 6.)

waffnet erſcheint [14]). Auf dieſe Handlungen paßt der angegebene Begriff des crimen vis in ſofern nicht, als mit ihnen noch keine wirkliche perſönliche Gewalt ausgeübt wird. Es war vielmehr nur eine nahe liegende polizeiliche Rückſicht, aus welcher dieſe Handlungen verboten wurden. Dabei war es ſehr natürlich, dieſelben unter die lex de vi zu ſtellen; weil von ihnen die in dieſem Geſetze verbotenen Handlungen am Meiſten zu befürchten waren [15]). 2) Wer eine Verſchwörung eingeht, um einen Auflauf oder Aufſtand zu verurſachen [16]); 3) wer Sklaven oder auch freie Leute unter Waffen hält [17]); 4) wer fremde Gebäude oder Beſitzungen erbricht oder erſtürmt und ausplündert [18]); 5) wer bei einer Feuersbrunſt raubt [19]); 6) wer bei einer Feuersbrunſt Waffen trägt, um zu rauben [20]); 7) wer mit bewaffneten Genoſſen den Beſitzer aus ſeinem Hauſe, Grundſtücke oder Schiffe herauswirft oder ihm daſelbſt Gewalt anthut [21]); 8) wer durch Erregung eines Aufſtandes oder Auflaufes eine Feuersbrunſt veranlaßt [22]); 9) wer Menſchen zuſammenruft, um Jemanden zu prügeln [23]); 10) wer Jemanden einſperrt [24]); 11) wer Jemanden zwingt, einen Vertrag einzugehen [25]); 12) wer Leichenbegängniſſe gewaltſamer Weiſe ſtört [26]); 13) wer verheurathete oder unverheurathete Frauensperſonen entführt [27]); 14) wer männliche oder weibliche Perſonen durch Gewalt zur Unzucht mißbraucht [28]); 15) wer ſein Amt mißbraucht, um einen römiſchen Bürger ungeachtet einer eingelegten Berufung zu tödten, zu geißeln oder zu foltern [29]); 16) wer ſich an Geſandten oder deren Begleitern vergreift oder ſie in anderer Weiſe beleidigt [30]); 17) wer einen Angeklagten mit Ge-

14) L. 3. §. 1. D. eod. L. 10. pr. D. eod.
15) Vgl. Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 242.
16) L. 3. pr. eod.
17) L. 3. pr. eod.
18) L. 3. §. 2. L. 11. pr. D. eod. Hier ſollte Todesſtrafe eintreten, wenn es in bewaffnetem Haufen geſchah.
19) L. 3. §. 3. D. eod.
20) L. 3. §. 5. D. eod.
21) L. 3. §. 6. D. eod.
22) L. 5. pr. D. eod. Ohne Zweifel iſt dabei an culpoſe Brandſtiftung gedacht, die bei Aufſtänden und Aufläufen leicht vorkommen kann, da bei doloſer Brandſtiftung nach der lex Cornelia de sicariis geklagt werden konnte. L. 1. pr. D. ad leg. Corn. de sicar. (48. 8.)
23) L. 10. §. 1. D. eod. Wenn Jemand dabei getödtet wurde, ſollte Todesſtrafe eintreten. L. 6. C. ad leg. Jul. de vi. (9. 12.) Darauf beziehen ſich die am Schluſſe der L. 10. §. 1. cit. vorkommenden Worte: neque homo occisus sit, indem nur, wenn Niemand dabei getödtet wurde, die regelmäßige Strafe der vis publica, ſonſt aber die Todesſtrafe eintreten ſoll. Vgl. Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 244.
24) L. 5. pr. D. eod.
25) L. 5. pr. D. eod.
26) L. 5. pr. D. eod.
27) L. 5. §. 2. D. eod. Hier ſollte ſtatt der Deportation Todesſtrafe eintreten.
28) L. 3. §. 4. D. eod.
29) L. 7. D. eod.
30) L. 7. D. eod.

walt verhindert, zu rechter Zeit in Rom vor dem Richter zu erſcheinen [31]); 18) wer abſichtlich die Unabhängigkeit und Sicherheit der Gerichte gefährdet [32]); 19) wer einen verfaſſungswidrigen Gebrauch von ſeiner Amtsgewalt macht [33]); 20) wer Jemanden zwingt, dem Volke Spiele oder Geldaustheilungen zu verſprechen [34]); 21) wer neue ungeſetzliche Abgaben eintreibt [35]).

Aus dieſem Verzeichniſſe der zur vis publica gehörigen Fälle ergibt ſich von ſelbſt, welche Fälle nach juſtinianiſchem Rechte zur vis privata gerechnet werden müſſen. Da es in dieſem Rechte anerkannt iſt, daß jede perſönliche Gewalt, durch welche Jemand zu einem Handeln, Unterlaſſen oder Dulden gezwungen werden ſoll, ſtrafbar iſt [36]), ſo gehören zur vis privata alle Fälle perſönlicher Gewalt, die nicht zur vis publica gerechnet werden [37]). In den Inſtitutionen gibt Juſtinian als Unterſcheidungsmerkmal zwiſchen vis publica und vis privata das Bewaffnetſein an, ſo daß darnach alle Fälle bewaffneter Gewalt zu jener, die Fälle unbewaffneter Gewalt dagegen zu dieſer gerechnet werden müßten [38]). Allein das Bewaffnetſein iſt weder urſprünglich nach der lex Julia das Unterſcheidungsmerkmal zwiſchen vis publica und privata geweſen [39]), noch kann es nach juſtinianiſchem Rechte dafür genommen werden. Denn das eben gegebene Verzeichniß der im juſtinianiſchen Rechte zur vis publica gerechneten Fälle ergibt deutlich, daß auch Fälle nicht bewaffneter Gewalt zu derſelben gehörten. Aus dieſem Verzeichniſſe ſcheint vielmehr hervorzugehen, daß das Princip, nach welchem im juſtinianiſchen Rechte zwiſchen vis publica und privata unterſchieden wird, nur darin beſtehet, daß die ſchwereren Fälle der Gewaltthätigkeit zur vis publica gerechnet werden ſollten. Da unter dieſe ſchwereren Fälle allerdings auch, aber nicht ausſchließlich die Fälle bewaffneter Gewalt gehörten, ſo iſt es zwar nicht geradezu unrichtig, aber wenigſtens ungenau und unvollſtändig ausgedrückt, wenn in den Inſtitutionen das Bewaffnetſein als das Unterſcheidungsmerkmal zwiſchen vis publica und vis privata angegeben wird [40]).

In den einheimiſchen Quellen des gemeinen Strafrechtes, namentlich in der Carolina, iſt von einem Verbrechen der Gewaltthätigkeit in dem umfaſſenden Sinne des römiſchen Rechtes nicht die Rede. Dagegen

---

31) L. 8. D. eod.
32) L. 10. pr. D. eod.
33) L. 10. pr. D. eod.
34) L. 10. pr. D. eod.
35) L. 12. pr. D. eod.
36) L. 152. D. de R. J. (L. 17.)
37) Vgl. darüber Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 240.
38) §. 6. J. de interd. (4. 15.) §. 8. J. de publ. iudic. (4. 18.)
39) Denn daß zur vis privata urſprünglich auch bewaffnete Gewalt gehörte, ergibt ſich aus Paullus, sentent. recep. V. 26. §. 3. Vgl. über den urſprünglichen Unterſchied zwiſchen vis publica und vis privata Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 44 flg.
40) Vgl. Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 238.

ſind einzelne Fälle, die nach römiſchem Rechte unter den Geſichtspunct des crimen vis gezogen werden müßten, zum Theil unter beſonderen Benennungen hervorgehoben und mit Strafe bedrohet. Solche Fälle ſind: Entführung [41]), Nothzucht [42]), Raub [43]), Aufruhr [44]), Landzwang [45]) und Befehdung oder Landfriedensbruch [46]). In ſofern es für dieſe Fälle beſondere einheimiſche Strafſatzungen gibt, hat man zwar für die Beurtheilung derſelben nicht nöthig, das römiſche Recht zu Hilfe zu nehmen [47]); aber dennoch iſt es für das gemeine Strafrecht nothwendig, ein beſonderes Verbrechen der Gewaltthätigkeit anzuerkennen, da es außer den in der Carolina beſonders hervorgehobenen Fällen noch ſehr viele Fälle von Gewaltthätigkeit gibt, für welche man im gemeinen Rechte gar kein Strafgeſetz haben würde, wenn man nicht die Beſtimmungen des römiſchen Rechtes über crimen vis zu Grunde legen wollte [48]).

Seinem Begriffe nach iſt dieſes Verbrechen ſolche Gewaltthätigkeit, durch welche einer anderen Perſon in der Freiheit ihres Willens widerrechtlicher Zwang angethan, oder durch welche ſie zu einem Handeln, Unterlaſſen oder Dulden gezwungen werden ſoll. Zum Thatbeſtande dieſes Verbrechens gehört 1) die Abſicht, eine andere Perſon in der angegebenen Weiſe in der Freiheit ihres Willens zu beſchränken, und 2) Darlegung dieſer Abſicht durch eine äußere Handlung, die entweder in unmittelbarer Anwendung körperlicher Kräfte, oder in dem Gebrauche ſolcher Drohungen [49]) beſtehen kann, durch welche der Widerſtand des Gezwungenen aufgehoben werden ſoll. Dieſem Begriffe nach kann das Verbrechen nur gegen Perſonen, nicht auch gegen Sachen begangen werden [50]). Dabei muß es aber auch für eine gegen die Perſon gerichtete Gewalt genommen werden, wenn zwar die Handlung des Verbrechers zunächſt gegen eine Sache gerichtet iſt, aber durch die Weiſe ihrer Begehung den

---

41) P. G.-O. Art. 118.
42) P. G.-O. Art. 119.
43) P. G.-O. Art. 126.
44) P. G.-O. Art. 127.
45) P. G.-O. Art. 128.
46) P. G.-O. Art. 129.
47) Vgl. über dieſe Verbrechen in dieſem Lexikon die betreffenden Artikel.
48) Solche Fälle ſind z. B. widerrechtliches Einſperren und Gefangenhalten, ſo weit es nicht unter den Begriff des Menſchenraubes fällt; Unzüchtigkeiten, die auf gewaltſame Weiſe verübt werden, ſo weit ſie nicht als Nothzucht erſcheinen; Gewaltthätigkeit, um Jemanden zur Eingehung einer Verbindlichkeit zu nöthigen u. ſ. w. Vgl. Wächter a. a. O. Bd. 12, S. 347. Daß daher das Verbrechen der Gewaltthätigkeit in einigen neueren Handbüchern, z. B. von Tittmann und Jarcke, mit Unrecht als überflüſſig übergangen wird, vgl. Wächter a. a. O. Bd. 12, S. 343 flg.
49) Zwar heißt es in L. 1. §. 29. D. de vi (43. 16.), daß es keine vis sine corporali vi gebe. Allein es iſt für die Nöthigung des Willens gleichgiltig, ob die perſönliche Gewalt wirklich angewendet, oder ob ſie blos angedroht wird, wenn nur nach den Umſtänden des Falles eine Verwirklichung der Drohung zu befürchten iſt. L. 1. D. quod metus causa. (4. 2.) Vgl. Wächter a. a. O. Bd. 11, S. 639.
50) S. oben Note 7.

Beweis liefert, daß die Abſicht darauf ging, etwaigem Widerſtande gewaltſam entgegenzutreten [51]). Das Verbrechen iſt vollendet, wenn der Widerſtand des Gezwungenen ſo weit überwunden wird, daß er genöthigt iſt, ſich dem Verlangen des Zwingenden zu fügen oder zu unterwerfen [52]).

Nach dem angegebenen Begriffe unterſcheidet ſich das Verbrechen der Gewaltthätigkeit hinlänglich von anderen Verbrechen, ohne daß man zu dieſer Unterſcheidung nöthig hat, mit den meiſten Lehrbüchern die Beſchränkung hinzuzufügen, daß nur diejenige Gewaltthätigkeit das eigenthümliche Verbrechen der Gewaltthätigkeit bilde, die nicht in ein beſtimmtes anderes beſonders benanntes Verbrechen übergehe [53]). Das Weſen des eigenthümlichen Verbrechens der Gewaltthätigkeit beſteht darin, daß durch dieſelbe dem Willen eines Anderen widerrechtlicher Zwang angethan werden ſoll. Es kann allerdings durch Gewaltthätigkeit auch ein anderes als das eigenthümliche Verbrechen der Gewaltthätigkeit begangen werden, wenn nämlich die letztere blos das Mittel ſein ſollte, eine Verletzung zuzufügen, die ein beſonderes Verbrechen bildet, wie z. B. eine Tödtung durch Gewaltthätigkeit verſucht oder vollendet werden kann; aber alsdann iſt das eigenthümliche Verbrechen der Gewaltthätigkeit ausgeſchloſſen, nicht aus dem Grunde, weil die Gewaltthätigkeit in ein beſonderes für ſich benanntes Verbrechen übergehet, ſondern nur darum, weil es an der zum Thatbeſtande jenes Verbrechens gehörigen Abſicht mangelt, dem Willen eines Anderen widerrechtlichen Zwang anzuthun. Denn die Abſicht des Verbrechers iſt in dieſem Falle nicht auf dieſen Zwang, ſondern auf die Tödtung gerichtet, und nach dieſer Abſicht muß das Verbrechen, deſſen er ſich ſchuldig gemacht, beſtimmt werden. Ob der Verbrecher bei ſeiner Gewaltthätigkeit wirklich die Abſicht gehabt zu tödten oder eine andere Rechtsverletzung hervorzubringen, die ein beſonderes Verbrechen bildet, iſt freilich eine Sache des Beweiſes, den bei unſerem Inquiſitionsproceſſe der Richter von Amtswegen beibringen muß, und bei dem römiſchen Accuſationsproceſſe der Ankläger liefern mußte, und in Ermangelung dieſes Beweiſes iſt es möglich, daß der Richter in der Beſchaffenheit der Handlung wenigſtens den Beweis findet, daß der Verbrecher die zum eigenthümlichen Verbrechen der Gewaltthätigkeit gehörige Abſicht gehabt habe und alſo wegen dieſes Verbrechens beſtraft werden könne, ſo wie auch der Ankläger, wenn er ſich nicht getrauete, den animus occidendi zu beweiſen, um ex lege Cornelia de sicariis klagen zu können, die Anklage ex lege Julia de vi ſtellen konnte; aber daß in dieſem Falle das Verbrechen als wirkliches crimen vis genommen wird, hat ſeinen Grund nur darin, daß kein anderer als der zu dieſem Verbrechen gehörige dolus bewieſen iſt.

---

51) L. 1. §. 28. D. de vi. (43. 16.) Es würde in dieſem Falle nach heutigem Rechte wenigſtens Verſuch der Gewaltthätigkeit angenommen werden müſſen. Vgl. Wächter a. a. O. Bd. 11, S. 640.

52) Vgl. Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 396.

53) Vgl. über dieſen Punkt Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 378 flg.

In Anſehung der gemeinſchaftlichen Strafe des Verbrechens der Gewaltthätigkeit unterliegt es zuvörderſt keinem Zweifel, daß die Strafen des römiſchen Rechtes durch Gerichtsgebrauch aufgehoben worden ſind. Von der römiſchen Strafe der vis publica konnte ſchon aus dem Grunde keine Rede ſein, weil die Deportation auf eine Inſel unanwendbar war, und die Strafe der vis privata fand bei der auf der Hand liegenden Unangemeſſenheit der Confiscation um ſo eher keinen Eingang, als man ſchon bei der vis publica genöthigt war, von der römiſchen Strafbeſtimmung abzuweichen. Obgleich die Unandwendbarkeit der römiſchen Strafen an und für ſich nur die Folge zu haben brauchte, daß man an die Stelle derſelben andere Strafen ſetzte, die ihnen an Schwere möglichſt gleich kamen, ſo ſetzte ſich doch in der teutſchen Praxis der Grundſatz feſt, daß die Strafe der Gewaltthätigkeit eine arbiträre ſei, deren Beſtimmung im einzelnen Falle dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen bleiben müſſe [54]). Bei dieſer Beſtimmung muß immer noch Rückſicht auf den Unterſchied zwiſchen vis publica und vis privata genommen, und in Fällen, die zur erſteren gehören, eine entſchieden härtere Strafe erkannt werden. Auch muß dabei das objective Princip unſeres germaniſchen Rechtes, nach welchem der größere oder geringere verletzende Erfolg, den die Handlung gehabt, von bedeutendem Einfluſſe auf die Strafgröße iſt, mit in Anſchlag gebracht werden. In keinem Falle darf die Gewaltthätigkeit für ein ſo leichtes Verbrechen gehalten werden, daß nicht in den ſchwereren Fällen derſelben mehrjährige Zuchthaus- oder Arbeitshausſtrafe erkannt werden könnte. In leichteren Fällen kann dagegen bis zu Gefängnißſtrafe von einigen Wochen oder Monaten heruntergegangen werden [55]).

Von unſeren Strafgeſetzbüchern haben die älteren, nämlich das preußiſche, öſterreichiſche und bayerſche kein Verbrechen der Gewaltthätigkeit in dem Umfange, als das gemeine Strafrecht angenommen, ſondern nur einzelne Fälle dieſes Verbrechens als beſondere Verbrechen hervorgehoben [56]). Nach dieſen Geſetzgebungen werden viele Fälle unbeſtraft bleiben müſſen, die nach gemeinem Rechte einer Strafe unterliegen, da dieſes, ungeachtet es ebenfalls viele einzelne Fälle beſonders hervorhebt und in der Beſtrafung auszeichnet, einen allgemeinen Begriff ſtrafbarer Gewalt aufſtellt, unter welchen alle nicht beſonders hervorgehobenen Fälle, in denen Jemand zu einem Handeln, Unterlaſſen oder Dulden gezwungen werden ſoll, ſubſumirt werden können. Die übrigen neuen Geſetzbücher haben ſich wieder mehr dem Standpuncte des gemeinen Rechtes angeſchloſſen, indem ſie zwar viele einzelne beſonders ſtrafbare Fälle als beſondere Verbrechen hervorheben, aber daneben einen allgemeinen Begriff ſtrafbarer Gewaltthätigkeit aufſtellen. So macht ſich nach dem ſächſiſchen Geſetzbuche des Verbrechens der Nöthigung ſchuldig, wer ohne Recht oder mit Ueberſchreitung der Grenzen ſeines Rechts kör-

54) Vgl. Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 400 flg.
55) Vgl. überhaupt Wächter a. a. O. Bd. 13, S. 411 flg.
56) Vgl. Mittermaier in Feuerbach's Lehrbuch Note VI zu §. 399.

perliche Gewalt oder Drohungen anwendet, um Jemanden zu einer Handlung, Duldung oder Unterlaſſung zu nöthigen [57]). Während das ſächſiſche Geſetzbuch für ſolche Nöthigung, in ſofern ſie nicht in ein ſchwereres Verbrechen übergehet, auf Anzeige des Genöthigten Gefängnißſtrafe bis zu ſechs Monaten eintreten läſſet, kann nach dem württembergiſchen Geſetzbuche auf Anzeige des Genöthigten Gefängniß oder Arbeitshaus bis zu vier Jahren erkannt werden, wenn Jemand rechtswidrig körperliche Gewalt, Drohungen oder ſonſtige Mittel anwendet, um einen Anderen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlaſſung zu nöthigen [58]). Ebenſo iſt im braunſchweigiſchen Strafgeſetzbuche ein beſonderes Verbrechen der Nöthigung angenommen, deſſen ſich derjenige ſchuldig macht, der Gewalt oder gefährliche Drohungen gegen eine Perſon anwendet, um dieſelbe zu einer Handlung, Duldung oder Unterlaſſung rechtswidrig zu nöthigen [59]). Die dieſem Verbrechen geſetzte Strafe iſt verſchieden, je nachdem mehr oder weniger erſchwerende Umſtände dabei vorkommen, und der Zweck der Nöthigung mehr oder minder verwerflich iſt. Sie kann bis zu Zuchthausſtrafe gehen, wenn der Angriff lebensgefährlich war, und der Angegriffene dabei gepeinigt wurde; wenn Mehrere ſich zu der That verbunden hatten, oder wenn dieſelbe zur Nachtzeit, oder mit Eindringen in die Wohnung oder den dazu gehörigen geſchloſſenen Bezirk, oder mit Waffen, oder wenn ſie mit Unkenntlichmachung der Thäter durch Anſchwärzen oder Vermummen verübt war, ſoll Zwangsarbeit nicht unter ein Jahr erkannt werden; in anderen ohne ſolche erſchwerende Umſtände vorkommenden Fällen ſoll Gefängnißſtrafe von drei Monaten bis zu einem Jahre eintreten [60]). Auch das hannöverſche Geſetzbuch drohet demjenigen, der ohne Recht oder mit Ueberſchreitung der Grenzen ſeiner Rechte durch körperliche Gewalt oder Drohungen Jemanden zu einer Handlung, Duldung oder Unterlaſſung nöthigt, Gefängniß oder Arbeitshaus und unter erſchwerenden Umſtänden Zuchthaus, wenn die That nicht ihrer Geringfügigkeit wegen zu einer bloßen polizeilichen Ahndung geeignet iſt und in ſofern ſie nicht in ein ſchwereres Verbrechen übergehet [61]). In derſelben Weiſe drohet auch das großherzoglich heſſiſche Strafgeſetzbuch demjenigen, der durch widerrechtliche Gewalt oder Drohung, deren Verwirklichung zu befürchten ſtand, Gefängniß oder Correctionshaus bis zu einem Jahre, wenn der Genöthigte Klage darüber erhebt, und die That nicht in ein ſchwereres Verbrechen übergehet [62]).

Luden.

Gewohnheitsrecht [1]) im allgemeinen Sinne iſt gleichbedeutend mit ungeſchriebenem Rechte im juriſtiſchen Sinne. Man bezeichnet damit

57) Art. 168.
58) Art. 281.
59) §. 178.
60) §. 178 verglichen mit §. 175.
61) Art. 247.
62) Art. 168.
1) Pütter, Beitr. zum teutſch. Staats- und Fürſtenr. Th. 2 (Gött. 1779. 8.), S. 3—29, 68—109. Guilleaume, theor.-pract. Abhandl. der

überhaupt alle Rechtsnormen, welche ohne das ausdrückliche Gebot der geſetzgebenden Gewalt entſtehen. Im engeren, eigentlichen Sinne aber verſteht man unter Gewohnheitsrecht diejenigen Rechtsnormen, welche unmittelbar in dem Bewußtſein des ganzen Volkes leben und darum als das unmittelbare Product ſeines Willens gelten[2]). Dieß iſt auch die Form ſeiner Entſtehung: ohne ein künſtliches Medium, macht es ſich auf natürlichem Wege geltend durch den Einfluß, welchen die Uebereinſtimmung einer nationalen Ueberzeugung auf die einzelnen Glieder des Volkes ausübt[3]). Es entſpringt aus dem innerſten Leben der Völker und wird zunächſt erkennbar, indem es in Uebung, Sitte, Gewohnheit heraustritt. Die gleiche, durch den Einfluß des Volksgeiſtes bedingte Handlungsweiſe der Einzelnen iſt alſo nicht Quelle, ſondern nur Erſcheinungsform des Gewohnheitsrechtes, nicht die einzelnen Handlungen, welche ſich erſt auf Rechtsideen des Volkes gründen, ſondern vielmehr dieſe letzteren machen das Weſen der Gewohnheit aus und begründen deren Verbindlichkeit[4]). Es gibt aber auch eine Form der Entſtehung des Rechtes, welche nicht unmittelbar vom Volke ausgeht, ſondern wo, weil die Rechtsnormen nicht vom ganzen Volke gekannt ſind, deſſen Wille nur mittelbar ſich zeigen kann. Dieß geſchieht, indem das Volk Individuen in ſeiner Mitte hat, deren juriſtiſchem Wiſſen und Wollen es als ſeinem eigenen vertraut. Dieſe Individuen — die Juriſten — ſind die Repräſentanten des Volkes, welche daſſelbe bei der Production vertreten, durch ſie ſpricht ſich der concrete Staatswille gerade ſo aus, wie durch das ganze Volk. Der Inbegriff der Rechtsnormen, welche auf dieſe Weiſe entſtehen, heißt das Juriſtenrecht[5]). Gewohnheitsrecht und Juriſtenrecht haben mit einander gemein, daß ſie beide auf einem innerlichen Wege entſtehen, während das promulgirte Recht

Rechtsl. von dem Gewohnheitsr. Osnabr. 1801. 8. Grolman, Magaz. für die Philoſophie des Rechtes und der Geſetzg. Bd. 1, H. 2, Nr. V. Schömann, Handb. des Civilr. (Gieß. 1806. 8.), Bd. 2, S. 28 flg. Volkmar, Beitr. zur Theorie des Gewohnheitsr. Braunſchw. 1806. 8. Klötzer, Verſuch eines Beitr. zur Reviſion der Theorie vom Gewohnheitsr. Jen. 1813. 8. Gesterding, Beiſteuer zur Theorie vom Gewohnheitsr. im Arch. für die civil. Praxis Bd. 3, Nr. VIII, S. 259—288. Puchta, das Gewohnheitsr. Th. 2. Erlang. 1828. 1837. 8. v. Savigny, Syſtem des h. röm. R. Th. 1 (Berlin 1840. 8.), §. 7, 8, 12, 14, 18—20, 25, 26, 28—30. Maurenbrecher, Lehrb. des gem. teutſch. Privatr. Bd. 1 (Bonn 1840. 8.), §. 21—42.

2) Puchta a. a. O. Th. 1, S. 9. Maurenbrecher a. a. O. §. 20.

3) v. Savigny a. a. O. §. 12.

4) Offenbar irrig iſt die Anſicht, nach welcher die Entſtehung des Rechtes aus der Gewohnheit abgeleitet wird, ſ. Pütter a. a. O. S. 11 flg., Glück, Erl. der Pand. Th. 1, S. 447, Gesterding a. a. O. §. 1. Indeſſen hat auch dieſer Irrthum einen wahren Beſtandtheil. In vielen Fällen können manche ins Einzelne gehende Beſtimmungen, bei denen es nur darauf ankommt, daß irgend eine feſte Regel gelte und als geltend bekannt ſei, welche es auch ſei, lediglich durch öftere Uebung dem Volke ſelbſt zu beſtimmterem Bewußtſein gebracht werden. v. Savigny a. a. O. §. 12, S. 35.

5) Puchta a. a. O. Th. 1, S. 78 u. 147. v. Savigny a. a. O. §. 14 u. 19. Maurenbrecher a. a. O. §. 20 u. 28 flg.

durch einen äußerlichen Act ſein Daſein erhält; ferner, daß ſie beide auf einer wirklichen gemeinſamen Ueberzeugung beruhen, während dieſe bei dem promulgirten Rechte gewiſſermaßen in einer Fiction beſteht, wornach eben das, was die Geſetzgebung als allgemeinen Willen ausſpricht, auch als ſolcher gilt, endlich auch darin, daß beide einen eigenthümlichen, ihnen angehörigen Inhalt haben, während der Geſetzgeber ſeinen Stoff nicht aus ſich ſelbſt, ſondern aus dem Volke oder aus wiſſenſchaftlichen Anſichten nimmt [6]). Im allgemeinen muß aber noch bemerkt werden: Es würde durchaus irrig ſein, wenn man annehmen wollte, zur Exiſtenz einer Volksüberzeugung gehöre, daß eine Anſicht allen Volksgliedern zum Bewußtſein gekommen ſei. Auch innerhalb des Volkes, in welchem das Gewohnheitsrecht beſteht, müſſen die Kundigen von denjenigen unterſchieden werden, die an dem gemeinſamen Rechtsbewußtſein nicht wirklichen Antheil nehmen, deren Rechtsverhältniſſe aber nicht minder unter dem Gewohnheitsrechte ſtehen. Denn darauf, ob Alle dieſe oder jene rechtliche Ueberzeugung haben, was ohnedieß unmöglich iſt, kommt es nicht an, ſondern nur darauf, ob dieſe Ueberzeugung als eine gemeinſame im Bewußtſein derer iſt, die nach ihrem Berufe, ihrer Stellung und ihrer Einſicht als Träger des gemeinſamen Rechtsbewußtſeins gelten können [7]). Für eigentliche Juriſten ſind darum ſolche des Gewohnheitsrechtes Kundige nicht zu halten. Wenn aber in dem natürlichen Entwickelungsgange der Völker eine wiſſenſchaftliche Kenntniß des Rechtes entſteht, deren Beſitzer ſich nicht blos dadurch, wie viel ſie vom Rechte, ſondern auch dadurch, wie ſie es wiſſen, von den Uebrigen unterſcheiden, ſo muß ſich nothwendig die Kenntniß des Rechtes im Volke immer mehr verlieren. Ein beſonderer Stand, der der Rechtskundigen, wird das Organ werden, durch welches ſich nunmehr die gemeinen nationellen Rechtsanſichten ausſprechen. Den Juriſten, als einem integrirenden Beſtandtheile des Volkes, wird die genauere Ausbildung und die Anwendung des Rechtes anheimfallen; ſie werden dabei als Repräſentanten des Volkes verfahren: ihre gemeinſame Ueberzeugung wird als Volksüberzeugung gelten. Daß auch in Teutſchland das Recht dieſen natürlichen Gang der Entſtehung hat, iſt hiſtoriſch nachzuweiſen. So lange die alte Gemeindeverfaſſung beſtand, brachte es ſchon die Einrichtung der Gerichte mit ſich, daß das Recht in lebendiger Anſchauung aller ſelbſtſtändigen Mitglieder der Volksgemeinde blieb. Die Rechtsſätze, welche in dieſen Gerichten zur Anwendung kamen, gründeten ſich entweder auf die ſtillſchweigende, gemeinſame Ueberzeugung der Glieder, oder auf vertragsmäßiges Uebereinkommen Aller (gewillkührtes Recht). Da die Glieder der Volksgemeinde ſelbſt oder einzelne Erwählte unter der Controle der übrigen die Urtheilsfinder waren, ſo bedurfte es keiner Aufzeichnung des Rechtes. Es beſtand ohne an einen Buchſtaben gefeſſelt zu ſein, weil Alle durch die tägliche Uebung in der lebendigen Anſchauung deſſelben blieben. Erſt nachdem

---

6) Puchta a. a. O. Th. 1, S. 161.

7) Derſelbe Th. 1, S. 149 u. Th. 2, S. 18. v. Savigny a. a. O. §. 30.

durch die Völkerwanderung ſich größere Staatsvereine unter erblichen Regenten gebildet hatten, deren Herrſchaft in den neueroberten Ländern auch auf römiſche Unterthanen ſich erſtreckte, fing man an, die bisherigen Gewohnheiten in Sammlungen zu bringen. Aber auch dieſe Aufzeichnung, welche übrigens bei den meiſten teutſchen Völkern nur einen kleinen Theil des bisherigen Rechtes umfaßte, geſchah wohl mehr, daß Jemand unter einem fremden Stamme nach ſeinem Rechte gerichtet werden konnte, als zur Unterſtützung der Urtheilsfinder in dem eigenen Volke. Nach der Errichtung der fränkiſchen Monarchie, der allmälig alle Völker einverleibt wurden, welche das damalige Germanien bewohnten, wurden zwar von den Regenten mit Zuziehung der Reichsſtände theils allgemeine, theils beſondere Geſetze unter dem Namen von Capitularien gegeben. Allein die Freiheit des Einzelnen in Beziehung auf das Recht ward hierdurch nicht beſchränkt. Wenn die Capitularien Gegenſtände des Volksrechtes betrafen, ſo konnten ſie, ohne von den Volksgemeinden angenommen zu ſein, nicht zur Anwendung kommen. Uebrigens blieb das Privatrecht meiſt den Volksrechten überlaſſen, die Capitularien enthielten für daſſelbe nur wenig. Endlich blieb auch ohne Einfluß, daß ſeit Karl dem Großen in den Gerichten beſonders erwählte Schöffen aufkamen, weil dadurch der Umſtand anderer freier Männer von der Theilnahme an den gerichtlichen Verhandlungen nicht ausgeſchloſſen ward[8]). Die Richter mit ihren Schöffen ſprachen vor wie nach nach dem alten Rechte, wo es nöthig war, daſſelbe ergänzend oder der Zeit anpaſſend. Und dieſes Verfahren war denn ſo genügend, als in der Ordnung, weil das bei den öffentlich gehaltenen Gerichten verſammelte Volk das Urtheil zu ſchelten oder gut zu heißen befugt war.

Erſt durch das Aufhören der alten Gauverfaſſung, durch die Veränderung im Heerdienſte und durch den immer weiter ſich ausbreitenden Lehnsnexus kam die Hauptmaſſe des Volkes aus dem lebendigen Zuſammenhange mit den öffentlichen Verhältniſſen. Die Nation löſte ſich in eine Menge größerer und kleinerer Geſellſchaften auf, ein engherziger Corporationsgeiſt beherrſchte die Nation. Der allmälige Verfall der bisherigen geſchriebenen Geſetze war hiervon die Folge, neues, auf dem Willen des Geſetzgebers gegründetes Privatrecht half dem Mangel nicht ab. Das 10., 11. und 12. Jahrhundert hat, mit Ausnahme des geiſtlichen Rechtes, nur wenig ſchriftliche Normen aufzuweiſen. So geſchah es, daß die Entwickelung und Fortbildung des Rechtes auf eine Weiſe vor ſich ging, welche einen ganz neuen Zuſtand herbeiführte, indem ſich ein Gewohnheitsrecht ausbildete, das nicht wie das frühere, vor Aufzeichnung der Volksgeſetze entſtandene[9]), von dem Volke unmittelbar, ſondern ausſchließend von den Gerichten ausging. Man unterſcheidet daher vom zehnten bis zwölften Jahrhunderte ſo viele Formen des Gewohnheitsrechtes, als Arten der Gerichte. Wenn gleich die meiſten Entſchei-

8) v. Savigny, Geſch. des röm. R. im Mittelalter Bd. 1, S. 200.

9) Türk, Vorleſungen über das teutſche Privatr. (Roſt. 1832. 8.), S. 133.

dungsnormen ihrem Urſprunge nach nur auf einzelne Corporationen und Genoſſenſchaften berechnet waren, ſo erhielt ſich doch auch in ihnen manche allgemeine Nationalſitte, und die Ausſprüche der Schöffengerichte, namentlich der Oberhöfe, konnten dieſe Gleichförmigkeit nie ganz untergehen laſſen. Sie wurden die eigentlichen Bildungsanſtalten des allgemeinen Privatrechtes. An Aufzeichnung des Gerichtsbrauches wurde jedoch damals noch nicht gedacht: das Recht lebte in den Schöffen fort. Einzelne Weisthümer (Belehrungen über vorgelegte Rechtsfragen), Ordeele und Willkühren ſind lediglich die hiſtoriſchen Rechtsquellen, welche wir aus jener Zeit beſitzen. Erſt gegen die Mitte des zwölften Jahrhunderts fing man an, den Gerichtsbrauch der Schöffen aufzuzeichnen. Dieß geſchah zuerſt in den Städten (Stadtrechte), ſpäter erfolgte auch die Niederſchreibung der Landrechte. Dieſe Sammlungen, die zuerſt von Privatperſonen ausgingen, ſollten urſprünglich wohl nur dienen, den Schöffen, welche das Recht zu finden hatten, ihr Geſchäft zu erleichtern. Sie gelangten bald zu großem Anſehen und galten in einzelnen teutſchen Ländern nicht blos als doctrinelle Rechtsquelle, ſondern als Geſetzbücher. Doch auch dieſe Landrechte ſanken mit Ausbildung der Territorialverfaſſung in Teutſchland zu Büchern des Particularrechtes herab. Je mehr ſich die landesherrliche Geſetzgebung entwickelte, um ſo weniger wurde das bisherige Gewohnheitsrecht beibehalten. Auch war durch die Reception des römiſchen und canoniſchen Rechtes allmälig ein künſtlicher Rechtszuſtand erzeugt worden, der das practiſche Bedürfniß des Volkes von ſelbſt an die Wiſſenſchaft verwies. Das alte hergebrachte Recht konnte von nun an nur noch in dem Juriſtenrechte wirkſam werden.

Ob es heutzutage in Teutſchland nur particuläre oder auch allgemeine Gewohnheiten und wenn es dieſe gebe, ob ſie nur zufällig und hiſtoriſch oder auch im juriſtiſchen Sinne gemein geltende ſeien? iſt ſtreitig[10]). Aus der bloßen Uebereinſtimmung vieler in verſchiedenen Ländern entſtandener Rechtsdenkmäler kann freilich mit rechtlicher Gewißheit ein allgemeiner Nationalgrundſatz nicht gefolgert werden. Schon in den älteſten Zeiten laſſen ſich Spuren ſolcher Rechte finden, die nur dieſem oder jenem Stande eigen waren, oder die vorzüglich nur ein oder der andere Volksſtamm in Uebung hatte. Dieſe können in ihrer Fortpflanzung nicht auf ganz Teutſchland ſich erſtreckt haben, ſie ſind gewiſſen Ständen und Provinzen eigen geblieben, ſie haben nur unter dieſen Ständen oder in den Provinzen die Eigenſchaft eines gemeinen Rechtes (beſonderes und particuläres teutſches Gewohnheitsrecht). Allein nicht nur aus der Sache ſelbſt läßt ſich begreifen, wie es allgemeine Gewohnheiten geben könne und wie in ihnen Eine Rechtsquelle beſtehe, ſondern

---

10) Ekhard, hermeneut. iur. l. 2. c. 1. §. 1 u. 2. Hufeland, Beitr. zur Berichtigung und Erweiterung der poſitiv. Rechtswiſſenſchaft St. 1, Abhandl. I, S. 1—20. Deſſen Einleitung in die Wiſſenſchaft des h. teutſch. Privatr. §. 13. Danz, Handb. des teutſch. Privatr. Th. 1, §. 80, S. 330—336, erkennen ein gemein anwendbares Gewohnheitsr. nicht an.

es ſpricht auch die Geſchichte, die Geſetzgebung und die Praxis für dieſe Anſicht[11]). Allgemeine Gewohnheiten kommen theils auf die Weiſe vor, daß für die Nichtaufnahme oder Modification mancher römiſchen Rechtsgrundſätze eben nur auf ſie ſich bezogen werden kann, theils ſo, daß ſie aus einem allgemeinen Verkehre und einer hieraus entſpringenden gleichförmigen Rechtsanſicht geſchichtlich nothwendig hervorgingen. Endlich erſcheint nach der Lage des teutſchen Rechtes auch das als gemeine Gewohnheit, was auf hiſtoriſchem Wege aus der Natur der Inſtitute, nicht aus Analogieen genommen, das ſtehende Reſultat einer gemeinen Anſicht geworden iſt[12]).

Bei den alten römiſchen Juriſten finden wir das Gewohnheitsrecht nicht in der ihm zukommenden Ausdehnung und Wichtigkeit anerkannt. Was ihnen im wirklichen Leben vorkam, war meiſt particuläres Gewohnheitsrecht und auf dieſes beziehen ſich die meiſten Stellen über Gewohnheitsrecht, die aus ihren Schriften erhalten ſind[13]). Sie haben in der practiſchen Betrachtung des Gewohnheitsrechtes weniger das Weſen, das Recht ſelbſt, als das äußere, die Erſcheinung (consuetudo), die Anwendung hervorgehoben, obgleich ihre Begriffe nicht blos bei dieſem Aeußerlichen ſtehen geblieben ſind. Die Theorieen über Gewohnheitsrecht aber, welche die neueren Rechtslehrer daraus abgeleitet haben, bieten die verſchiedenſten Extreme dar. Weder über die Entſtehung, noch über den Umfang des Gewohnheitsrechtes, noch über die Art und Weiſe, wie ſie daſſelbe in der Praxis angewendet wiſſen wollen, ſind ſie unter einander einig und es laſſen ſich dieſe verſchiedenen Anſichten bis auf die Gloſſatoren zurückverfolgen. Erſt in ganz neuer Zeit hat ſich eine dem Weſen und der Natur des Gewohnheitsrechtes entſprechende Ueberzeugung gebildet, und es iſt zu erwarten, daß ſie ſich bald als eine gemeinſame geltend machen und in der Praxis Anerkennung verſchaffen werde.

Da die meiſten Rechtslehrer zunächſt aus der Wiederholung einzelner Handlungen die Entſtehung des Gewohnheitsrechtes abgeleitet und dieſe (actus introductivi) als die Quelle angeſehen haben, ſo iſt natürlich, daß ſie darauf gekommen ſind, die Giltigkeit einer ſolchen factiſchen Gewohnheit auf den Willen des Geſetzgebers zurückzuführen[14]). Ihnen erſcheint das Gewohnheitsrecht als eine Art Oppoſition der Unterthanen gegen die Regierung, als Anmaßung eines Zweiges der höchſten Gewalt, als eine nicht natürliche Art der Rechtserzeugung, die einer ganz beſonderen Rechtfertigung bedarf. Dieſe konnte nur geſucht werden in der Einwilligung des Geſetzgebers. Diejenigen, welche die in dem corpore

---

11) Eichhorn, über das geſchichtl. Studium des teutſch. Rechtes, in der Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. Bd. 1, S. 124 und Einleit. §. 26. Mittermaier, Grundſätze des gem. teutſch. Privatr. §. 22, S. 108. Philipps, Grundſätze des gem. teutſch. Privatr. S. 92.

12) Türk a. a. O. S. 375 u. 376. Pütter a. a. O. S. 78 flg.

13) Puchta a. a. O. Bd. 1, S. 71 flg. Savigny a. a. O. §. 25.

14) Klötzer a. a. O. S. 12. Geſterding a. a. O. §. 1.

iuris enthaltenen Geſetze, die einer Gewohnheit Geſetzeskraft zuſprechen, zum Grunde legen und darin eine ſchon längſt durch Teutſchlands Geſetzgebung recipirte ausdrückliche allgemeine Vorſchrift erkennen, haben darin einen consensus generalis expressus des Geſetzgebers in alle künftige Gewohnheiten finden wollen [15]). Des Geſetzgebers consensus specialis tacitus — wenn der Geſetzgeber von einer im Lande aufgekommenen Gewohnheit wiſſe und dieſe ſtillſchweigend genehmige — erfordern dagegen Einige nur, wenn durch die Gewohnheit ein Geſetz abgeſchafft werden ſoll [16]), Andere behaupten dagegen, lediglich dieſe Conſensart mache ein wahres Gewohnheitsrecht aus, ſie verlangen ohne Unterſchied zur Giltigkeit deſſelben den Beweis, daß der Geſetzgeber von der Gewohnheit Kenntniß gehabt habe [17]).

Dieſe Grundanſichten haben nun auch den größten Einfluß auf die practiſche Behandlung der einzelnen, das Gewohnheitsrecht betreffenden Fragen gehabt. Dieſelben betreffen theils die Bedingungen — theils den Beweis — theils die Wirkungen des Gewohnheitsrechtes [18]).

Was die erſteren, die Bedingungen betrifft, ſo hat man, weil das gleichförmige Handeln als eigentlicher Entſtehungsgrund der Rechtsregel angeſehen worden iſt, angenommen, es müßte ſich dieſer Entſtehungsgrund ſtets in beſtimmte, einzelne erweisliche Handlungen auflöſen laſſen [19]). Die Erforderniſſe aber, welchen die Handlungen entſprechen ſollen, wenn ſie in jedem einzelnen Falle zum Beweiſe eines Gewohnheitsrechtes als concludente Handlungen brauchbar ſein ſollen, laſſen ſich auf folgende Bedingungen zurückführen:

1) Es ſollen mehrere Handlungen ſein (frequentia actuum), weil ſich ſonſt nicht eine gewiſſe und beſtändige Regel für die Zukunft folgern laſſe [20]). Wie viele erforderlich ſeien, darüber iſt lange geſtritten worden. Einige halten zwei Handlungen ſchon für hinlänglich [21]), Andere haben die Sache lediglich dem Ermeſſen des Richters überlaſſen wiſſen wollen. Sie gehen von der Anſicht aus, daß es nicht auf die Vielheit der Handlungen, ſondern darauf ankomme, ob ſo viele Handlungen wirklich vorgekommen ſeien, daß aus denſelben nicht nur überhaupt eine gewiſſe und beſtändige Regel hergeleitet, ſondern auch mit Gewißheit auf die Einwilligung und Zufriedenheit des Geſetzgebers geſchloſſen werden könne. Dieſe Anſicht hat ſich ſpäter immer allgemeiner geltend

---

15) Höpfner, Inſtitut. §. 38. Glück, Pand. Th. 1, S. 447 flg.

16) Mit Hinſicht auf die L. 2. C. quae sit longa consuetudo Waldeck, inst. iur. civ. §. 30. Geſterding a. a. O. §. 1.

17) Glück a. a. O. Th. 1, §. 85.

18) v. Savigny a. a. O. S. 170.

19) Derſelbe S. 171 flg.

20) Glück a. a. O. Th. 1, §. 86, S. 455.

21) Carpzov P. II. const. 3. def. 22. n. ult. Schilter, exercit. 2. th. 17. Gail, lib. II. obs. 31. nr. 7. Eichmann, Erläuterungen des bürgerl. R. Th. 1, S. 374 u. a. m.

gemacht und ſie kann mit mehr oder weniger Modificationen als die unter den Romaniſten heutzutage herrſchende angeſehen werden[22]).

2) Die Handlungen ſollen gleichförmig, d. h. alle nach einerlei Regel unternommen worden ſein (ununterbrochene Handlungen, actus uniformes, continui, non interrupti). Allerdings wird, wenn die Abweichung von der Norm, die bei anderen Fällen beobachtet worden, von der Beſchaffenheit iſt, daß ſie ſich mit der Annahme einer gemeinſamen Ueberzeugung ſchlechthin nicht verträgt, von einem exiſtirenden Gewohnheitsrechte nicht die Rede ſein können. Aber es iſt auch denkbar, daß ein anerkannter Rechtsſatz zuweilen nicht angewendet wird, indem in dem einzelnen Falle eine irrige Meinung ſich geltend macht, oder Unkenntniß dieſe Wirkung hervorbringt. Deßhalb kann die Vermuthung, die durch eine wiederholte Uebung für die Exiſtenz eines Gewohnheitsrechtes begründet iſt, nicht ſchlechthin durch eine entgegengeſetzte Uebung zerſtört werden. Der Einfluß, den eine nachgewieſene Nichtbeachtung des Satzes auf den die Exiſtenz deſſelben prüfenden Richter äußern muß, wird ſich nicht nur durch die Beſchaffenheit dieſer Nichtbeobachtung beſtimmen, ſondern es wird auch die Bedeutung ſolcher Fälle der Nichtbeobachtung durch die Beſchaffenheit der für die Exiſtenz des Rechtes angeführten Uebung ſelbſt ſich vermindern oder verſtärken[23]).

3) Die Handlungen ſollen ſich lange Zeit hindurch wiederholen (consuetudo inveterata, diuturna, longaevus usus). Dieß Erforderniß iſt auf ſehr verſchiedene Weiſe näher beſtimmt worden. So hat man angenommen, daß eine unvordenkliche Weiſe hindurch der Satz geübt worden ſein müſſe. Dagegen erfordern Einige zur Begründung eines Gewohnheitsrechtes nur eine Zeit von 10 oder 20 Jahren, weil dieſe den Raum einer langen Zeit beſchränken[24]); Andere eine Zeit von 30 oder 40 Jahren[25]), weil von den kirchlichen Geſetzgebern im Geiſte der damals bei den Legiſten herrſchenden Anſicht der Grundſatz, daß eine Verjährung gegen die Kirche 40 Jahre fordert, auch auf eine Gewohnheit gegen das kirchliche Recht angewendet und bei dieſer der Ablauf jener Zeit als Erforderniß feſtgeſetzt worden iſt[26]). Noch andere und

---

22) Cuiacius, lib. XX. obs. 1. Ant. Schulting, enarrat. part. prim. Dig. de legib. §. 17. Von dem Busch, de consuet. §. VII. XXXVII. Höpfner, Inſtitutionen §. 58. Glück a. a. O. S. 457. Thibaut, Pand. Th. 1, §. 18. v. Savigny a. a. O. §. 29. Puchta a. a. O. Th. 2, S. 84.

23) Puchta a. a. O. Th. 11, S. 92.

24) Donellus, commentar. iur. civ. lib. I. c. 10. Berger, oecon. iur. lib. I. tit. 1. §. 19. nr. 3. Schilter, exerc. 2. §. 19. Von dem Busch, diss. l. c. cap. III. §. 38. Selchow, element. (ed. 4.) §. 67. Geisler, iur. Germ. priv. §. 44. Schnaubert, Beitr. zum Staats- und Kirchenr. Th. 1, S. 17 flg.

25) Gibert, corp. iur. canon. p. 87. Boehmer, princ. iur. canon. lib. II. sect. III. tit. 5. §. 232.

26) Cap. ult. X. de consuet. cap. 3. eod. in 6to. Auf demſelben Wege iſt man in Sachſen zu dem Gebrauche gekommen, die dortige Verjährungszeit von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen bei der Gewohnheit zu fordern.

zwar ältere Rechtsgelehrte haben ſogar eine Zeit von 100 Jahren erfordert, weil irgendwo der Ausdruck longaevum dieſe Bedeutung hat. Alle Zeiten, die erwähnt werden, ſind von den Inſtituten hergenommen, die man unter dem allgemeinen Ausdrucke der Verjährung zuſammenfaßt, die Zeit von 10, 20, 30, 40 Jahren, ferner die unvordenkliche Zeit. Die herrſchende Meinung war lange, daß 10 Jahre hinreichten. Späterhin haben ſich die Meiſten dahin geeinigt, gar keine beſtimmte Zeit anzunehmen, ſondern Alles dem richterlichen Ermeſſen zu überlaſſen. Dabei iſt es denn auch geblieben[27]). Es kommt hier, wie bei der Mehrheit der Handlungen, Alles darauf an, zu verhüten, daß das Individuelle, Zufällige, Vorübergehende durch den täuſchenden Schein, den es annehmen kann, fälſchlich als Kennzeichen einer zum Grunde liegenden gemeinſamen Rechtsüberzeugung angeſehen werde[28]).

4) Die Handlungen ſollen öffentlich, d. h. auf eine ſolche Art geſchehen ſein, daß ſowohl die Unterthanen ſelbſt, unter denen eine verbindliche Norm entſtehen ſoll, als auch der Geſetzgeber dieſelben haben wiſſen können (offenkundige Handlungen, actus publici)[29]). Dieß haben Einige in ſo weit beſchränkt, daß ſie nicht gerade eine poſitive Oeffentlichkeit, ſondern nur eine Nichtverheimlichung fordern[30]). Dagegen iſt von Mehreren ſogar verlangt worden, daß die Gewohnheit in den Gerichten beſtätigt und nach derſelben rechtskräftig geſprochen worden ſei, weil das Volk von außergerichtlichen Handlungen ſeltener Kunde erhalte[31]).

Carpzov, iurispr. forens. P. II. const. 3. def. 21. und Bekanntmachung des k. ſächſ. Oberappellationsgerichtes v. 6. Auguſt 1836, Nr. I.

27) Jo. Hr. Hochstetter, diss. de praescriptione consuetudin. ad cap. ult. X. de consuet. Stuttgart 1776. 4. Gebrüder Overbeck, Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien Bd. 3, Medit. 181, S. 309 flg. H. Noodt, commentar. ad dig. de leg. p. 15. Ant. Schulting, enarrat. p. I. Dig. ibid. §. 17. Lauterbach, collec. theor. pr. Pand. h. t. §. 35. Stryk, usus mod. Pand. h. t. §. 12. Cocceji iur. civ. controv. h. t. quaest. XL. Müller ad Struvium, exerc. 2. th. 20. tit. §. Cramer, obs. iur. univ. tom. III. obs. 847. §. 16. Danz, Handbuch Bd. 1, §. 56, S. 198. Thibaut, Pand. Th. 1, §. 19.

28) Puchta a. a. O. Th. 2, S. 93 flg. v. Savigny a. a. O. S. 173.

29) A. Gaill, pract. observ. II. 31. §. 7. 8. Klötzer a. a. O. §. 35. Thibaut, Pand. Th. 1, §. 18. Schweppe, Lehrb. des röm. Privatr., 4. Ausg., §. 33a. Mühlenbruch, Lehrb. der Pand. §. 38.

30) Klötzer a. a. O. §. 35. Thibaut a. a. O. §. 18.

31) Maurer, juriſt. Abhandl., 1. Samml., Nr. VI, S. 125 u. 140. Hofacker, diss. de iure consuetud. cap. III. §. 39—41., in Hinſicht auf die Beſtimmung L. 34. de legib. (1. 3.) Dieß iſt jedoch von den Meiſten verworfen worden: Voet, comm. ad Dig. tit. de leg. §. 30. Cocceji iur. contr. h. t. qu. XI. in f. Cramer, obs. iur. univ. III. obs. 847. §. 10. Eichmann a. a. O. Th. 1, S. 379. Gebr. Overbeck, in den Meditat. über verſchiedene Rechtsmaterien Bd. 3, Med. 183. Guilleaume, diss. cit. §. 16. nr. V. und a. a. O. §. 31. et VI. Lauterbach I. 3. §. 35. Müller ad Struv. I. 3. §. 20. Volkmar, Beiträge S. 79 flg. Klötzer a. a. O. §. 31. E. C. Staudinger, de cons. contradicto iu-

Allerdings kann die Oeffentlichkeit, mit welcher eine Handlung geſchah, derſelben für die Erkenntniß des Gewohnheitsrechtes eine beſondere Bedeutung geben, wenn ſie von der Beſchaffenheit iſt, daß ſich daraus die Uebereinſtimmung Anderer mit der von dem Handelnden befolgten Regel ergibt. Daß aber dadurch nicht ein Erforderniß für die einzelnen Handlungen entſteht und daß eben ſo wenig der Oeffentlichkeit für ſich eine ſolche Bedeutung beigelegt werden kann, iſt neuerdings auf eine überzeugende Weiſe dargethan worden [32]).

5) Die Handlungen ſollen in der Meinung rechtlicher Nothwendigkeit (ex opinione necessitatis) unternommen worden ſein [33]), d. h. die Handelnden müßten die Meinung gehegt haben, ihnen liege die Verbindlichkeit ob, alſo zu handeln, oder wie man dieſes Erforderniß auch näher beſtimmt hat, die Handlung müſſe in der Abſicht vorgenommen ſein, daß der ihr zu Grunde liegende Satz für die Zukunft gelte. Das Wahre an der Sache iſt: es muß in den Handlungen eine dem Publicum erkennbare Norm ſich ausſprechen, welche die Handelnden im freien Glauben an ihre juriſtiſche Nothwendigkeit bei den Handlungen befolgt haben. Dieſe Ueberzeugung, unter deren Einfluſſe der Handelnde ſtand, darf übrigens nicht eine blos individuelle, ſie muß eine gemeinſame ſein. Dieſes Erforderniß iſt indeſſen nicht in dem Sinne zu nehmen, daß an jeder Handlung, welche als Erkenntnißmittel eines behaupteten Gewohnheitsrechtes gebraucht werden ſoll, dieſe Grundlage einer gemeinſamen Ueberzeugung poſitiv erkennbar und nachzuweiſen ſein müßte. Es darf nur bei einer Handlung, auf die ſich als auf eine Uebung des Rechtsſatzes berufen wird, nicht ſchon für ſich betrachtet der Mangel einer rechtlichen Volksüberzeugung, aus der ſie hervorgegangen, ſich hervorthun [34]).

6) Die Handlungen ſollen nicht auf Irrthum beruhen [35]). Ueber dieſes Erforderniß haben ſich die Juriſten, namentlich diejenigen, welche der Gewohnheit die Kraft beigelegt haben, einen Rechtsſatz hervorzubringen, von jeher ſehr ſchwankend geäußert [36]). Es iſt auch klar, daß dieſes Erforderniß von ihrem Standpunkte aus mit dem der rechtlichen Nothwendigkeit gar nicht vereinigt werden konnte. Denn wer die Handlung mit der opinio necessitatis vornahm, befand ſich in einem offen-

dicio firmata. Goetting. 1754. Thibaut a. a. O. §. 19. Glück a. a. O. Th. 1, §. 86, S. 475. Einige haben unterſchieden und nur dann gerichtliche Handlungen erfordert, wenn die Gewohnheit einem geſchriebenen Geſetze gerade zuwider iſt. Schilter, exerc. ad Pand. th. 21. Berger, oecon. iur. lib. I. tit. 1. nr. 19. Wernher, select. observ. for. tom. II. P. IX. obs. 193. p. 564.

32) Puchta a. a. O. Th. 2, S. 41 flg.

33) Hartleben, medit. ad Pand. spec. XI. med. 8. Nettelbladt, system. element. iurisprud. posit. Germanor. §. 169. Glück a. a. O. Th. 1, §. 86, S. 461.

34) Puchta a. a. O. Th. 2, §. 4, 5, S. 38 flg.

35) L. 39. D. de leg.

36) Klötzer a. a. O. S. 135 flg. Geſterding a. a. O. §. 4. Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenr. §. 38.

baren Irrthume, indem der nach jener Anſicht erſt durch die Gewohnheit entſtehende Rechtsſatz noch nicht exiſtirte. Einige haben daher den Irrthum nicht nur zugelaſſen, ſondern ſogar als nothwendig mit jedem Gewohnheitsrechte verbunden angeſehen.

Wenn ein nachzuweiſender Irrthum ein Hinderniß für die Annahme, daß ein Gewohnheitsrecht exiſtire, werden ſoll, ſo kann dieß nur dadurch geſchehen, daß er die rechtliche Ueberzeugung, welche die Grundlage der Gewohnheit iſt, ausſchließt. War die Ueberzeugung des Handelnden eine irrige, ſetzte er einen Rechtsſatz voraus, der wirklich nicht exiſtirte, ſo kann die Handlung deſſelben auch nicht als Uebung eines Rechtsſatzes und als ein Zeugniß für denſelben betrachtet werden, jede Berückſichtigung eines ſolchen Actes muß wegfallen. Dadurch iſt jedoch nicht die Möglichkeit ausgeſchloſſen, daß ein ſolcher Rechtsſatz nachher in die gemeinſame Ueberzeugung aufgenommen werde und dadurch entſtehe [37]. Auch iſt der Irrthum nicht im Wege, wenn die Handlung eine ſo äußerliche und an ſich gleichgiltige Natur hat, daß dabei von einer inneren Ueberzeugung eigentlich nicht die Rede ſein kann [38].

7) Die Handlungen ſollen vernunftgemäß (rationabiles) ſein [39]. Was man darunter zu verſtehen habe, darüber ſind die Rechtslehrer ſehr verſchiedener Anſicht. Im allgemeinen hat man die Gewohnheiten als irrationabiles bezeichnet, welche göttlichen Vorſchriften oder die dem gemeinen Wohle des Staates und der Kirche zuwider ſind. Von Anderen iſt die Regel in einem blos negativen Sinne aufgefaßt worden, ſie wollen nur ganz widerſinnige, dem ſittlichen Gefühle widerſtrebende Gewohnheiten als zu befolgende Rechtsnormen nicht gelten laſſen.

Irrthum und Unvernünftigkeit ſind Eigenſchaften, deren Abweſenheit allerdings Bedingung iſt, wenn das Handeln fähig ſein ſoll, zur Anerkennung eines Gewohnheitsrechtes mitzuwirken. Allein dieſe Bedingung iſt ſchon in der allgemeinen Bedingung der rechtlichen Nothwendigkeit mit enthalten, ſie iſt keine beſondere, ſelbſtſtändige Bedingung, ſondern eine bloße Folge oder Entwickelung des letzteren Erforderniſſes.

Die Lehre von den Erforderniſſen der Gewohnheit iſt zunächſt aus dem mit der gewöhnlichen Lehre vom Beweis des Gewohnheitsrechtes zuſammenhängenden Beſtreben, die richterliche Erkenntniß in die beſtimmteſten, dem Gegenſtande unangemeſſenen Grenzen einzuſchließen, hervorgegangen.

---

37) Puchta a. a. O. Th. 1, S. 99 flg. und Th. 2, S. 62 flg.

38) v. Savigny a. a. O. §. 29, S. 176. S. oben Note 4.

39) Thomasius, de iure consuetud. et observ. §. 36. 107. Senkenberg, de iure observantiae et consuet. §. 7. haben das Erforderniß der Vernunftmäßigkeit beſtritten. Daß übrigens die Rationabilität, die Genehmigung des Geſetzgebers, die Nichtunterbrechung und die Abweſenheit des Irrthums, da ſie vermuthet würden, nicht beſonders erwieſen zu werden brauchten, ſondern, wenn ein oder das andere behauptet werde, dieß zur Ausführung im Gegenbeweiſe gehöre, nehmen Mehrere an. Kemmerich, de probat. consuet. et observantiae. (Jen. 1732. 1746. 1773.) Sect. 2. §. 6. u. Thibaut a. a. O. §. 20. Glück a. a. O. S. 477—485.

Was nun dieſe anbelangt, ſo iſt folgende Anſicht ſehr verbreitet. Jede Gewohnheit ſei eine Thatſache, die wie jede andere, die zur Begründung eines Rechtes gehöre, von derjenigen Partei, die ſich auf ſie berufe, bewieſen werden müſſe [40]). Daher gelte über die Beweislaſt und über die Führung des Beweiſes in Beziehung auf das Daſein eines Gewohnheitsrechtes alles dasjenige, was in Beziehung auf andere Thatſachen nicht bezweifelt werde. Doch iſt in der neueren Zeit die Behauptung der Nothwendigkeit eines Beweiſes auf dem gewöhnlichen proceſſualiſchen Wege hie und da ſchon ſehr modificirt worden. Es ſoll die Gewohnheit keines Beweiſes bedürfen, wenn ſie ganz notoriſch d. i. an dem Orte, wo davon die Frage iſt, allgemein bekannt oder zur eignen Wahrnehmung der Gerichte gelangt ſein ſollte [41]). Nur wegen Schwierigkeit der Ausmittelung ſoll dem Richter auf Beweis zu erkennen geſtattet ſein [42]). Ja es iſt ſogar behauptet worden, daß durch hiſtoriſche Forſchung die Grundſätze aufgeſucht werden könnten, die die Gewohnheit veranlaßt hätten [43]). Die Beweismittel ſind die gewöhnlichen, durch welche dem Richter die juriſtiſche Gewißheit eines Factums gegeben werden muß: Zeugen, Urkunden und Eid.

Dieſer Lehre iſt mit Recht der Vorwurf gemacht worden, daß ſie auf Erkenntniß der Rechtsregel dasjenige übertrage, was nur von der Erkenntniß der beſonderen Thatſachen des einzelnen Falles wahr ſei. Nur von dieſen letzteren gelte die bemerkte Nothwendigkeit des Beweiſes nach beſtimmten Proceßregeln, nicht von den Rechtſätzen, die der Richter anzuwenden habe. Die Erforſchung der Rechtsſätze ſei ſeiner eigenen ſelbſtſtändigen an Proceßform nicht gebundenen Thätigkeit überlaſſen. Der Grundſatz, daß Thatſachen von den Parteien, die ihre Anſprüche darauf gründen wollen, allegirt und erwieſen werden müßten, könne daher, wenn er auf gewiſſe Rechtsſätze gegen die Regel Anwendung finden ſolle, nie in der vollen Ausdehnung, wie er für Thatſachen gelte, angewendet werden. Die Regel müſſe für den teutſchen Richter ihre volle Anwendung finden 1) hinſichtlich des gemeinen Rechtes, welche Quelle es auch haben möge; 2) hinſichtlich des promulgirten Rechtes ſeines Landes; 3) hinſichtlich des in ſeinem Gerichtsbezirke geltenden aufgezeichneten Gewohnheitsrechtes. Dagegen könne die Anforderung der Kenntniß an den Richter nicht gemacht werden in Abſicht auf auswärtige Rechte, welchen Urſprung dieſe auch haben möchten, und auf das Gewohnheitsrecht ſeines Landes, welches nicht zu dem in ſeinem Gerichtsbezirke geltenden und zugleich aufgezeichneten gehöre. Die Partei, die ſich auf einen Rechtsſatz berufe, von welchem der Richter keine Kenntniß zu haben brauche,

40) Kemmerich l. c. Sect. II. Bern. Aug. Gaertner, medit. pract. ad Pand. spec. I. med. XIII. Glück a. a. O. §. 87. Thibaut, Pandektenr. Th. 1, §. 20. Türk a. a. O. S. 366. Hofacker, princ. I. §. 123. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. Th. 1, S. 15.

41) Glück a. a. O. §. 87. Thibaut a. a. O. §. 20. Gönner, Handb. des Proz. Bd. 3, Abh. 32, §. 11.

42) Schweppe, röm. Privatr., 4. Ausg., §. 35.

43) Weiße, Einleitung in das gem. teutſche Privatr. §. 34.

müſſe, wenn ſie ſicher ſein wolle, dieſe Regel dem Richter anzeigen und zugleich zur Ueberzeugung bringen. Verſäume ſie jenes oder mißlinge ihr dieſes, ſo habe ſie ſich ſelbſt den Nachtheil zuzuſchreiben und den Richter treffe im allgemeinen kein Vorwurf. Darum ſeien jedoch Rechtsſätze dieſer Art keineswegs durchgängig wie Facta zu behandeln. Die Nothwendigkeit der Allegation ſolcher Rechtsſätze ſei keine abſolute, ſondern nur dadurch bedingt, daß der Richter ihre Exiſtenz nicht zu kennen brauche. Sei das Hinderniß, welches eine Nichtkenntniß ſeiner Anwendung entgegenſtellen würde, nicht vorhanden, ſo könne die Anwendung dadurch, daß der Rechtsſatz von den Parteien nicht allegirt worden ſei, keineswegs gehindert werden. Das Gewohnheitsrecht dürfe und ſolle der Richter beachten, wenn er auch nur zufällig Kenntniß davon habe. Eben ſo wenig dürften in Bezug auf die Frage, wenn in dem Proceß die Allegation des Rechtsſatzes geſchehen müſſe, ſchlechtweg die Grundſätze von Thatſachen angewendet werden. Nur letztere müßten in den beſtimmten Zeitpuncten des Rechtſtreites vorgebracht und nach beſtimmten Regeln und Formen des Proceſſes bewieſen werden, das Gewohnheitsrecht könne in jeder Lage des Rechtsſtreites auf die Beurtheilung Einfluß bekommen und über die Art der Beweisführung habe der Richter dabei ganz freie Macht [44]). Die meiſten Germaniſten ſind bis jetzt der Meinung, daß der Beweis eines Gewohnheitsrechtes ſich nach den Grundſätzen des gemeinen Rechtes richte. Allein dem iſt mit Bezug auf teutſche Geſetze nicht ohne Grund widerſprochen worden.

Die neueſte teutſchrechtliche Theorie ſtützt ſich auf die alte Schöffenverfaſſung Teutſchlands. Sie geht von dem Grundſatze aus, daß das Volk den Parteien ſeinen als vorhandenes Gewohnheitsrecht ſchon beſtehenden, allgemeinen Willen ausdrücklich ſelbſt und zwar im Ganzen bezeuge. Wie früher der Richter durch den ſogenannten Umſtand, durch die Bürgerſprachen und durch die Weisthümer über das vorhandene Recht verſtändigt worden ſei, ſo liege auch dem heutigen teutſchen Richter, wenn er das Gewohnheitsrecht nicht von Amtswegen kenne, die Pflicht ob, das Volk zu befragen [45]). Dieſes entſcheide in zwiefacher Form entweder unmittelbar oder mittelbar. Als die unmittelbaren Ausſprüche des Volkes über ſein rechtliches Wiſſen und Wollen bei Proceſſen werden angegeben: 1) die Gutachten kundiger Männer [46]). Man nennt ſie auch die Verſtändigen; ſie werden von dem Richter aus dem Volke gewählt, als Männer des allſeitigen Vertrauens und ſind nicht zu verwechſeln mit den Sachverſtändigen, welche zu Rathe gezogen werden, wenn die Entſcheidung einer ſtreitigen Rechtsſache neben der Gewißheit beſtimmter Thatſachen zugleich eine Be-

---

44) Puchta a. a. O. S. 160 flg. v. Savigny a. a. O. S. 187 flg.

45) Maurenbrecher, Lehrb. des teutſchen Privatr., 2. Ausg., Bd. 1, §. 25.

46) Mascardus, de probation. Vol. I. concl. 424. §. 57. v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen Th. I, 61, S. 317 flg. W. H. Puchta, Zeitſchrift für Civilr. und Civilproz. Th. VII, 10, S. 352.

urtheilung dieſer nach den Regeln einer ſolchen Wiſſenſchaft oder Kunſt vorausſetzt, die nicht zum Gebiete der Rechtswiſſenſchaft gehört. Die Ausſage ſolcher Perſonen ſei glaubwürdig, wenn durch ſie die Exiſtenz oder Nichtexiſtenz des Rechtsſatzes aus eigener unmittelbarer Wahrnehmung bezeugt werde. Sie müßten daher dem Kreiſe des Volkes angehören, in welchem die in Frage ſtehende rechtliche Ueberzeugung beſtehen ſolle. Ferner müſſe von ihnen zu erwarten ſein, daß ſie die Wahrheit ſagen wollten. Ihre Beeidigung [47]) ſei als eine Bedingung ihrer vollkommenen Glaubwürdigkeit zu betrachten. Dagegen ſei es nicht nöthig, daß ihre Ausſage auf einzelne Fälle der Uebung ſich erſtrecke, ſobald dieſelbe nur auf die Exiſtenz des Gewohnheitsrechtes ſelbſt gerichtet ſei. Die Zahl der Perſonen, deren übereinſtimmende Ausſagen den Richter zur Annahme des Gewohnheitsrechtes vermögen könnten, laſſe ſich natürlich nicht beſtimmen. Sie werde nicht nur von der Beſchaffenheit der Perſonen und ihrer Ausſagen, ſondern auch nach dem Umfange des Rechtsſatzes, der dadurch erwieſen werden ſolle, in jedem einzelnen Falle zu beſtimmen ſein [48]). Daß wenigſtens in Handelsſachen dieſe Gutachten (Parere) noch heutzutage gewöhnlich ſind, iſt bekannt. 2) Die Rechtsſprichwörter (Parömien) [49]) als Ausſprüche im Munde des ganzen Volkes zur Bezeichnung gewohnheitsrechtlicher Sätze. Dies gelte jedoch nur von ſolchen Sprichwörtern, welche wirklich noch im Volke lebten, und welchen ein wirklicher Rechtsſatz zu Grunde liege. Sei das letztere zweifelhaft, ſo müſſe die Uebung des im Sprichworte enthaltenen Satzes als Rechtsſatzes nachgewieſen werden, außerdem, wenn die Bedeutung des Sprichwortes als Rechtsſprichworts ſonſt gewiß ſei, bedürfe es keiner Nachweiſung der wirklichen Anwendung. Auf gleicher Linie mit den Parömien ſtänden gemeinſam anerkannte und vererbte Rechtsregeln, wenn ſie wirklich ein Recht ausſprächen, das in der Ueberzeugung der Juriſten, in ihrer Eigenſchaft als Vertreter des Volkes, begründet ſei [50]). Die mittelbaren Ausſprüche des Volkswillens geſchähen in der Form des Juriſtenrechtes. Sie erſchienen entweder in den Präjudicien der Gerichte oder in den Büchern der Rechtsgelehrten, ſo weit nämlich beide über das Daſein eines Gewohnheitsrechtes Zeugniß ablegten. Was die Präjudicien anbelange, ſo könne zwar denſelben keine verbindende Kraft beigelegt werden, weder für das Gericht, denen ſie angehörten, noch für andere Gerichte, die jenem untergeben ſeien. Allein frühere Forſchungen dürfe der Richter benutzen. Wenn alſo dieſelbe Regel des Gewohnheitsrechtes, die jetzt in einem Rechtsſtreite angeführt und beſtritten werde, ſchon in einem früheren Rechtsſtreite geltend

47) Nov. 106.

48) Puchta a. a. O. Th. 2, S. 141 flg.

49) Eichhorn, Einleit. in das teutſche Privatr. §. 27. Philipps, teutſch. Privatr. S. 166. J. Weiske, Einleitung in das teutſche Privatrecht §. 25. Kind, de iurisprud. Germ. paroemiaca eiusque cauto usu. Lips. 1776. 4. Weiße, Einl. in das teutſche Privatr. §. 34. Türk a. a. O. S. 367. Maurenbrecher a. a. O. §. 26.

50) Puchta a. a. O. Th. 2, S. 150.

gemacht worden und von demſelben oder einem andern Richter, nach ſorgfältiger Prüfung, als wahr anerkannt worden ſei, ſo enthalte dieſes Urtheil gleichſam ein amtliches Zeugniß, wodurch die gegenwärtige neue Forſchung erleichtert oder ganz entbehrlich gemacht werde [51]). Die Glaubwürdigkeit des Zeugniſſes beruhe einmal darauf, daß das Gericht durch einen vor ihm geführten Rechtsſtreite zur Unterſuchung veranlaßt worden und dieſe gleichſam unter Controle der widerſprechenden Partei geführt habe, dann aber auch darauf, daß die Mittel für die Erkenntniß dieſes Rechtes dieſem Gerichte zu Gebote ſtänden [52]). Was die Aufzeichnung des Gewohnheitsrechtes in Büchern betreffe, ſo werde der Richter nur einem übereinſtimmenden Zeugniß mehrerer von einander unabhängiger, aus eigener Erfahrung redender und ſonſt zuverläſſiger Schriftſteller Glauben ſchenken dürfen. Dabei habe er darauf zu ſehen, ob nicht einer particulären Praxis ohne weiteres eine beliebige Ausdehnung gegeben worden ſei, ſo wie ob nicht beachtungswerthe entgegengeſetzte Zeugniſſe vorkämen.

Schließlich ſind noch die verſchiedenen Anſichten zu erwähnen über die Kraft oder die Wirkung, die man dem Gewohnheitsrechte beigelegt hat. Von denen, die es zwar neben das geſetzliche Recht, aber nur als ein von dieſem abhängigen, adoptirten dargeſtellt haben, iſt vorzugsweiſe die Möglichkeit der Aufhebung von Geſetzen durch Gewohnheit erörtert worden. Namentlich iſt hier die L. 2. C. quae sit longa consuetudo (8. 53.) [53]) es geweſen, welche vielen Anſtoß erregt hat. Auf Grund derſelben iſt von Einigen dem Gewohnheitsrechte die derogirende Kraft gegenüber von Geſetzen ganz abgeſprochen und ſeine Wirkſamkeit auf ſolche Fälle beſchränkt worden, worüber eine Entſcheidung in dem geſetzlichen Rechte nicht gegeben iſt [54]). Andere haben zwar der Gewohnheit dieſe Kraft beigelegt, aber nur, wenn das Oberhaupt des Staates, von dem Daſein derſelben unterrichtet, ſie nicht mißbilligt habe [55]), oder wenn die Verjährung hinzugekommen, oder die Gewohnheit ſchon in contradictorio judicio anerkannt worden ſei [56]). Noch Andere haben in

---

51) L. 34. D. de leg. (1. 3.) Puchta a. a. O. Th. 1, S. 96 und Th. 2, S. 129 flg.

52) Dieſe Glaubwürdigkeit kommt einem auf Erſuchen gegebenen Atteſtate einer Behörde, worin überhaupt die Exiſtenz des Rechtsſatzes bezeugt wird, nicht zu. Mevius, Decis. IV. 2. Horn, consultat. XII. 28. Pufendorf, observ. II. 138. §. 2. Strube, rechtl. Bedenken V. 90. Es ſteht nicht einmal auf gleicher Stufe mit dem anderer kundiger und glaubwürdiger Perſonen. Maurenbrecher a. a. O. §. 26, Nr. 16, S. 49. A. M. Puchta a. a. O. Th. 2, S. 133 u. 197 und Mittermaier, im Archive für civil. Praxis XVIII. 4. S. 87.

53) Ueber die verſchiedene Auslegung dieſer Stelle ſ. Glück a. a. O. Th. 1, §. 93, S. 516. Puchta a. a. O. Th. 2, S. 211. v. Savigny a. a. O. Beil. II, S. 420.

54) Klötzer a. a. O. §. 22—28. Schömann, Handb. des Civilr. S. 63.

55) Grolman a. a. O.

56) J. Oldendorp, Consil. Marpurg. I. 3. Schilter, praxis J. R. ex. II. §. 21. Kind, quaest. forens. I. 38.

einer beſonderen Modification der Conſuetudo den Fall geſucht, in welchem einem Geſetze derogirt werden könne. Sie haben zwiſchen desuetudo (Entwöhnung) und consuetudo legi contraria unterſchieden [57]). Zur erſteren ſoll gehören, wenn ein Geſetz ſeit langer Zeit nicht befolgt oder angewandt worden ſei, obgleich Fälle genug vorgekommen, in welchen es hätte angewendet werden können und müſſen (Abſchaffung eines Geſetzes durch Nichtgebrauch). Dieſe ſei unbedenklich erlaubt, die zweite dagegen, die Verdrängung eines Geſetzes durch ein Gewohnheitsrecht, welches eine andere Regel an die Stelle ſetze (consuetudo abrogatoria), gänzlich zu verwerfen. Sehr verbreitet iſt endlich auch die Meinung, daß zwar Dispoſitivgeſetze, aber keine gebietenden oder verbietenden durch eine consuetudo contraria aufgehoben würden [58]). Eine etwas andere Geſtalt haben Germaniſten der Sache dadurch gegeben, daß ſie das Gewohnheitsrecht in die Grenzen des Rechtes der Autonomie einſchränken [59]), alſo eine derogatoriſche Gewohnheit nur in ſo weit anerkennen, als ſie die Grenzen autonomiſcher Beſtimmungen nicht überſchreitet.

Allein dieſen Anſichten liegt offenbar eine falſche Vorſtellung über das Weſen des Gewohnheitsrechtes zu Grunde, welches nicht einer untergeordneten Quelle ſeine Entſtehung verdankt, ſondern ſeine Grundlage, wie das geſetzliche Recht, im nationellen Bewußtſein hat und von dem letzteren in ſeiner Entſtehung nur dadurch ſich unterſcheidet, daß jenes die wirkliche gemeinſame Ueberzeugung des Volkes, dieſes aber der von dem durch die Verfaſſung gegebenen Organe ausgeſprochene Geſammtwille iſt. Der Ausſpruch des Geſetzgebers gilt als gemeinſame Ueberzeugung, mithin nicht weniger nicht mehr als dieſe. Beiden kommt als ordentlichen Rechtsquellen eine gleiche Kraft zu. Tritt zwiſchen ihnen eine Colliſion ein, ſo iſt ſie ganz eben ſo anzuſehen, wie wenn ſie zwiſchen Rechtsſätzen derſelben Quelle einträte. Dafür gilt aber die bekannte Regel, daß das jüngere Geſetz dem älteren vorgeht (lex posterior derogat priori). Eine Modification der Wirkung tritt nur ein, wenn eine particuläre Gewohnheit entweder mit dem Staatsintereſſe oder mit einem abſoluten allgemeinen Landesgeſetze in Widerſtreit ſteht. Hier muß der Gewohnheit, ſelbſt wenn ſie neuer iſt als das Geſetz, jede Kraft abgeſprochen werden [60]).

Die genauere Ausbildung und Anwendung des Rechtes im Einzelnen iſt der beſondere Beruf des Juriſtenſtandes, welcher als ein Beſtandtheil des Volkes in dieſem Kreiſe des Denkens die Geſammtheit vertritt. Das Recht, welches auf dieſe Weiſe ſich ausbildet, iſt, wie

---

57) Schweitzer, de desuetudine. Lips. 1801. Hübner, Berichtigung und Zuſätze zu Höpfner S. 159.

58) Hofacker, princ. iur. civ. §. 126. C. E. Weisse, de vi consuet. in caus. crim. p. 32 sq. Schweppe, röm. Privatr., 4. Ausg., Bd. 1, §. 34, S. 74. Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenr. §. 39.

59) Eichhorn, Einl. in das teutſche Privatr. §. 26. Weiße, Einl. in das teutſche Privatr. §. 33.

60) v. Savigny a. a. O. S. 196.

bereits oben erwähnt worden, nur ſeiner Erſcheinungsform nach, von dem unmittelbar im Bewußtſein des Volkes lebenden Rechte verſchieden [61]). Der Juriſtenſtand iſt aber in dieſer ſeiner Eigenſchaft als Repräſentant des Volkes bei Aus= und Fortbildung des Rechtes auf eine zwiefache Weiſe wirkſam, einmal, indem er das Recht auf den concreten Fall anwendet, zweitens indem er es in wiſſenſchaftlicher Weiſe zum Bewußtſein bringt und darſtellt. Nach dieſen verſchiedenen Functionen theilt man die Juriſten in Praktiker und Theoretiker. Das Juriſtenrecht, welches bei der praktiſchen Beſchäftigung der Juriſten ſich ausſpricht, heißt der Gerichtsgebrauch, die Praxis (usus forensis, auctoritas rerum judicatarum, consuetudo judiciaria, usus fori) [62]), weil es ſein Daſein in dem Gebrauche der Juriſten bei der gerichtlichen Rechtſprechung offenbart. Das Juriſtenrecht, welches in Folge der formellen, rein wiſſenſchaftlichen Thätigkeit der Juriſten zu Tage kommt, heißt die Theorie, die Meinung der Rechtsgelehrten, das wiſſenſchaftliche Recht (communis doctorum opinio, auctoritas prudentum) [63]).

Die Geſetze können weder alle mögliche Fälle, die im wirklichen Leben ſich ereignen, erſchöpfen, noch in der Deutlichkeit gegeben werden, daß über ihren wahren Sinn gar kein Zweifel entſtehen könnte. Die Geſetzgebung kann auch nicht, wenn ſich bei irgend einem neuen oder mit neuen Modificationen begleiteten Falle ein wirklicher Mangel der Geſetze zeigt, ſogleich eine neue Form ſchaffen, weil die Geſetze keine organiſirende Kraft in ſich haben, durch welche ſie ſich allmälig, nach Maßgabe des eintretenden Bedürfniſſes, von ſelbſt fortbilden können. Es müſſen daher Elemente im Staatsleben beſtehen, welche dieſem Mangel, ſobald er ſich zeigt, abhelfen, und indem ſie die Geſetze nach dem Leben modificiren, den Widerſtreit, der aus einer oder der andern Urſache zwiſchen beiden entſteht, ausgleichen. Dies thun die Rechtsgelehrten, indem ſie die Geſetze und Gewohnheiten erklären, den vollſtändigen Sinn und Inhalt derſelben entwickeln, die Principien, Gründe und den Zweck der Geſetze aufſuchen und ihre rechtliche Haltbarkeit und Anwendbarkeit prüfen. In dieſer Function erſcheint die Wirkſamkeit der Juriſten zunächſt nur als eine abhängige, ihren Stoff von außen empfangende; indeſſen erzeugt ſich durch die dem Stoffe gegebene Form zugleich ein neues organiſches Leben, welches bildend auf den Stoff ſelbſt zurückwirkt, ſo daß auch aus der Wiſſenſchaft als ſolcher eine neue Art der Rechtserzeugung unaufhaltſam hervorgeht [64]). Die Gerichte benutzen die Reſul-

61) Maurenbrecher a. a. O. §. 30.

62) E. A. Haus, über den rechtl. Werth des Gerichtsgebrauches. Erlangen 1789. 8. Jordan, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, im Archive für die civil. Praxis Bd. 8, Nr. IX, S. 191 flg. Müller, über den Werth des Gerichtsgebrauches in deſſen civil. Abhandl. 1833, Th. 1, S. 159 (Nr. 1 u. 3 gegen die Autorität der Theorie, Nr. 2 für die Theorie allein).

63) Ueber das Juriſtenrecht nach ſeinen beiden Erſcheinungsformen ſ. J. Weiske, Einleit. in das teutſche Privatr., 2. Aufl., §. 35 flg. Jacobſon, über Theorie und Praxis in der Zeitſchrift für preuß. Recht, 1834, I, 1, S. 72. Maurenbrecher a. a. O. §. 28 flg. v. Savigny a. a. O. §. 14—19, 20.

64) v. Savigny a. a. O. §. 14, S. 46.

tate der Doctrin und liefern durch ihre Entſcheidungen wiederum Stoff für die Theorie. So ſtehen Theorie und Praxis in ſteter Wechſelwirkung zu einander, dieſe erhält durch jene neues, friſches Leben, jene durch dieſe neuen praktiſchen Stoff. Die Praxis würde ohne die Doctrin bald zum bloßen Schlendrian herabſinken, aber auch die Rechtstheorie kann ohne fleißige Berückſichtigung der Praxis nicht beſtehen, weil man erſt im praktiſchen Leben die Rechtsbedürfniſſe und den Erfolg der Rechtsgrundſätze genau kennen lernen kann 65).

In Teutſchland waren ſeit dem zehnten und elften Jahrhundert, wo die geſchriebenen Volksgeſetze in ihrer Eigenſchaft als geſchriebenes Recht in Vergeſſenheit kamen und das Recht wieder anfing als ungeſchriebenes fortzubeſtehen, es hauptſächlich die Gerichte, welche ſich der Rechtsbildung bemeiſterten. Mit der Aufnahme des römiſchen Rechtes trat jedoch ein ſo künſtlicher Rechtszuſtand ein, daß von ſelbſt die unſtudirten Schöffen den durch beſonderes Studium zu einem höheren Grade von Rechtskenntniß gelangten Richtern weichen mußten. Die juriſtiſche Schule, die nunmehr entſtand, hatte aber mit vielen Schwierigkeiten zu kämpfen. Es handelte ſich nicht blos um die wiſſenſchaftliche Fortbildung eines nationalen Rechtes, ein ganz neues, bisher unbekanntes Rechtselement mußte dem Leben angepaßt werden. Die Anwendbarkeit des römiſchen Rechtes auf die einheimiſchen Rechtsverhältniſſe zu beſtimmen, das Anwendbare von dem Unanwendbaren zu trennen, den zwiſchen beiden Rechtsquellen entſtandenen Streit auszugleichen, die Lücken durch Auslegung und Analogie zu ergänzen, kurz, aus der großen Maſſe von Rechtsmaterialien ein für die teutſchen Anſichten und Verhältniſſe paſſendes Gebäude aufzuführen, dies war die Arbeit, welche in Ermangelung einer einſichtsvollen, thätigen Geſetzgebung von nun an der Doctrin in engſter, harmoniſcher Verbindung mit der Praxis überlaſſen blieb. Seitdem hat zwar die Rechtswiſſenſchaft verſchiedene Bildungsſtufen durchlaufen, allein ihr allgemeines Verhältniß zu der Rechtserzeugung ſelbſt iſt bis auf den heutigen Tag ziemlich daſſelbe geblieben, nur daß die neuere Geſetzgebung einzelner Staaten die Kraft des Gewohnheitsrechtes ſehr beſchränkt hat. (Preuß. Landr. Einleitung §. 60. und Publicationspatent §. VII. Oeſterr. Geſetzb. Einleitung §. 16. Badiſches Landrecht §. 6.) Die Autorität des Gerichtsbrauches iſt von Vielen 66) auf die Behauptung geſtützt worden, daß ein Gericht durch mehrere gleichförmige Ausſprüche verbunden werde, die von ihm befolgte Regel nun auch in der Zukunft unabänderlich beizubehalten, ja daß, wenn das ſich ſelbſt bindende Gericht das höchſte des Landes ſei, dieſe Judicate auch von allen anderen Gerichten deſſelben Landes als Norm beim Rechtsſprechen befolgt werden müßten.

65) J. H. **Böhmer**, de iniusta theor. et prax. opposit. in exerc. ad P. tom. I. und **Thibaut**, Vertheidigung der Praxis gegen manche neue Theorien im Archive für die civil. Prax. V. Nr. XIII, S. 313—317.

66) **Thibaut** a. a. O. §. 16 und **Maurenbrecher** a. a. O. §. 31, der jedoch durch die beigefügte Beſchränkung §. 32 die für ſeine Meinung angezogenen geſetzlichen Autoritäten auf die richtige Deutung zurückführt.

Allein weder das römiſche noch das teutſche Recht legt dem Richter die Verbindlichkeit auf, rechtskräftige Entſcheidungen anderer Gerichte oder ſeiner Vorgänger wie Geſetze zu betrachten, um Fälle derſelben Art darnach zu entſcheiden. Dieß würde ſich auch in der That mit der Stellung, die den Gerichten in Teutſchland eingeräumt iſt, ganz und gar nicht vertragen. Jedes Gericht ohne Unterſchied iſt bei Beurtheilung der ſeiner Entſcheidung vorgelegten Rechtsfälle nach eigner beſter Einſicht und Gewiſſenhaftigkeit zu verfahren verbunden. Die Geſetze ſchreiben nur vor, daß die Gerichte vorhandene rechtskräftige Urtheile als Entſcheidungsnormen befolgen ſollen, wenn die darin enthaltenen Rechtsgrundſätze mit ihrer Ueberzeugung übereinſtimmen und wenn ſie richtigere, den Geſetzen und der Gerechtigkeit entſprechendere Entſcheidungsnormen nicht aufzufinden vermögen [67]). Wenn dagegen eine wiederholte, ernſte Prüfung neue, bisher unerwogene Gründe darbietet, kann das Verlaſſen der früher befolgten Regel nicht getadelt werden.

Andere haben dem Gerichtsgebrauche nur dann eine verbindende Kraft beilegen wollen, wenn der Begriff und die Bedingungen des Gewohnheitsrechtes auf ihn paſſen [68]). Man hat daher auch gefragt, wie oft ein Gericht über einen Grundſatz ſich ausſprechen müſſe, um einen Gerichtsgebrauch zu begründen. Allein geht man bei dem Gerichtsbrauche von dem richtigen Geſichtspunkte aus, daß ein Gericht nur nach wohl geprüften Rechtsgründen handele und urtheile und die einmal begründet befundenen Normen in allen künftigen Fällen befolgen werde, weil nach den Grundſätzen der Gerechtigkeit unter völlig gleichen Umſtänden von demſelben Gerichte völlig gleiche Urtheile gefällt werden müſſen, ſo reicht zur Begründung eines Gerichtsgebrauches auch ſchon ein einziger Fall hin. Das Gericht kann bei einem zweiten vorkommenden Falle ſich auf den erſten berufen und dadurch ſich vor aller Verantwortung ſichern. Iſt aber von einem allgemein angenommenen Gerichtsbrauche eines Landes die Rede, ſo genügt es nicht, die Anerkennung eines Rechtsſatzes in einzelnen Urtheilen nachzuweiſen. Auch hier iſt, wie bei den Schriftſtellern, eine allgemeinere Uebereinſtimmung nöthig, die durch mehrere gegen einander laufende Urtheile gänzlich ausgeſchloſſen wird [69]). — Die **Beweismittel** über das Daſein eines Gerichtsgebrauches ſind nicht nur die **Acten** des betreffenden Gerichtes und die gedruckten Mittheilungen aus dieſen Acten, die **Präjudicienſammlungen**; ſondern auch die **Zeugniſſe** der betreffenden Gerichte ſelbſt haben hier beweiſende Kraft, weil es Zeugniſſe über ihre eignen Handlungen ſind. (Im Mittelalter vertraten die **Weisthümer** deren Stelle.) Der Gerichtsgebrauch, welcher ſich lediglich auf das richterliche Verfahren, auf den Proceßgang

---

67) L. 13. C. de sentent. et interloc. (7. 45.) L. 3—6. u. L. 10—13. D. de legib. Die Reichsgeſetze bei **Maurenbrecher** a. a. O. §. 31, Note 5 und §. 32, Note 7.

8) **Gensler**, Anleit. zur gerichtl. Praxis §. 1, N. 4. **Göſchen**, Vorleſungen über das gem. Civilr. Th. 1, S. 97 flg.

69) v. **Savigny** a. a. O. §. 20, S. 97.

bezieht, heißt zum Unterſchiede von dem materiellen Gerichtsgebrauche, welcher die eigentlichen Entſcheidungsnormen, das materielle Recht, zum Gegenſtande hat, der formelle (usus fori) [70]) und Gerichtsobſervanz, wenn er durch ſtillſchweigende, in entſcheidenden Handlungen ſich ausſprechende Uebereinkunft der Glieder eines Richtercollegiums entſteht [71]).

Der Theorie kommt zwar an und für ſich keine verbindliche Kraft zu, allein darum läßt ſich noch nicht behaupten, daß ihre Autorität in Teutſchland lediglich auf Schwäche und Vorurtheil beruhe [72]). Durch die wiſſenſchaftliche Behandlung des Rechtes werden nicht nur die Principien der gegebenen Rechtsſätze und dieſe ſelbſt zum Bewußtſein gebracht, ſondern es werden aus dieſen Pirncipien auch noch andere, neue Sätze gefolgert und auf dieſe Weiſe die vorhandenen Geſetze wirklich vervollſtändigt. Dieſe durch die wiſſenſchaftliche Thätigkeit der Theoretiker erlangten Reſultate darf kein teutſcher Richter ignoriren. Er muß vielmehr, wenn ihm in einem vorkommenden Falle über die Anwendbarkeit eines beſtimmten Rechtsſatzes Zweifel begehen, alle zu Gebote ſtehende Hilfsmittel, durch welche er zu einer richtigen Anſicht über das anzuwendende Geſetz gelangen kann, zu Rathe ziehen. Hat nun irgend eine Anſicht alle oder doch die mehrſten Rechtsgelehrten für ſich, ſo daß ſie als ausgemacht richtig faſt allgemein anerkannt wird (communis doctorum opinio), ſo ſoll der Richter, da er die herrſchenden Rechtsanſichten des Volkes bei dem Rechtſprechen zu berückſichtigen hat, von einer ſolchen Anſicht nur dann abgehen, wenn er ſie als ungegründet oder irrig darzuſtellen vermag [73]). Woran das Daſein einer wahren und guten Autorität zu erkennen iſt, das läßt ſich nicht durch eine äußere Regel ein für allemal im voraus beſtimmen. Auf die Zahl der übereinſtimmenden Schriftſteller kann es nicht ankommen. Sind alſo in Anſehung irgend eines Rechtsſatzes die Anſichten getheilt, ſo wird der Richter, wenn er nicht im Stande ſein ſollte, auszumitteln, welche von denſelben die richtigſte ſei, zunächſt darauf zu ſehen haben, ob diejenigen Rechtslehrer, die im Rufe beſonnener und gründlicher Forſchung ſtehen, in einer ſolchen Meinung übereinſtimmen [74]). Dabei darf ein gewiſſer Uſus, der in der Literatur und an den Gerichten ſich bildet, nicht unberückſichtigt bleiben [75]). Die Bücher aber werden als Beweismittel für das Theorierecht gebraucht in der Form des Allegirens.

Zum geſchriebenen Rechte verhält ſich das Juriſtenrecht ganz wie

---

70) Gensler, Anleit. zur gerichtl. Praxis Th. 1 (Heidelb. 1821), §. 1, N. 4. Mühlenbruch, Pandektenr. Th. 1, S. 108.

71) Thibaut a. a. O. §. 16. Jordan a. a. O. S. 236. M. H. Gribner, de observantia collegior. iuridicor. (Viteb. 1713.) et in opusc. tom. IV. p. 42 sq. Hierher gehört auch der ſogen. stylus curiae. S. Stryk, diss. tom. I. nr. 23. S. dagegen Eichhorn, teutſch. Privatr. §. 35.

72) Thibaut a. a. O. §. 16.

73) Jordan a. a. O. S. 259.

74) Derſelbe S. 260. v. Savigny a. a. O. S. 89.

75) Maurenbrecher a. a. O. §. 36, S. 90.

das Gewohnheitsrecht, zwiſchen beiden entſcheidet das Alter, ſobald nicht ein ausdrücklicher Widerſpruch der Geſetzgebung (durch eine correctoriſche Entſcheidung oder eine authentiſche Declaration) den Conflict aufhebt. Auch mit dem Gewohnheitsrechte hat das Juriſtenrecht gleiche Autorität. Stehen beide im Widerſpruche, ſo kommt es darauf an, auf welcher Seite bei Behauptung des Rechtsſatzes die größere Uebereinſtimmung mit den allgemeinen Rechtsprincipien ſich befindet. Erſt wo dieſe major ratio nicht zu ermitteln iſt, kann die Regel jus posterius derogat priori eingreifen. Die größere Uebereinſtimmung mit den allgemeinen Rechtsprincipien iſt es auch, welche den Ausſchlag geben muß, wenn zwiſchen den beiden Erſcheinungsformen des Juriſtenrechtes, der Theorie und der Praxis, ein Conflict entſteht; wo jedoch Volk und Gerichtshöfe über einen Rechtsſatz übereinſtimmend ſich ausſprechen, wird von ſelbſt eine ſolche Meinung gegen eine widerſprechende Theorie ſich durchſetzen [76].

v. Salza.

Gnadenjahr [1]). Nach den Obſervanzen und Statuten teutſcher Stifte [2]) hatten ſchon im zwölften Jahrhunderte die Canoniker das Recht, über die Pfründeneinkünfte des nächſten Jahres nach ihrem Tode zum Beſten ihrer Gläubiger oder einer pia causa, zuweilen aber auch nach freier Willkür zu verfügen (annus gratiae). Dieſer letzteren Geſtaltung traten zwar einzelne Provincialſynoden entgegen [3]); ſie erhielt ſich aber doch, wenn ſchon auf veränderter Grundlage, in fortwährender Uebung. Die Erklärung für dieſe Erſcheinung findet ſich in der ſeit dem vierzehnten Jahrhunderte entwickelten Einrichtung [4]), daß die Canoniker, nachdem ſie in die Reihe der ordentlichen Stiftsglieder eingetreten, zum Beſten der Präbendenmaſſe, der Fabrica, oft aber auch des Pabſtes (ſ. d. A. Annaten), auf die Einkünfte eine beſtimmte, oft auf vier, fünf oder ſechs Jahre anſteigende Zeit [5]) verzichten oder Carenz leiden mußten (ſogen. annus carentiae). Für dieſes Opfer bedurfte es einer Vergeltung, und dieſe wurde eben in jenem Fortbezug der Einkünfte während des ſogenannten Gnadenjahres gefunden, der nunmehr alſo den Charakter einer bloßen Conceſſion verlor, und in das Gebiet der wohlerworbe-

---

76) Maurenbrecher a. a. O. §. 39 u. 40.

1) Dürr, de annis gratiae canonicorum ecclesiarum cathedr. et colleg. in Germania. Mog. 1770. und in Schmidt, thes. iur. eccl. T. VI. p. 166 sq. — Stryk, de anno gratiae. Francof. 1669. Fleck, de anno gratiae et deservito ex legibus Sax. aestimando. Lips. 1793. 4.

2) Beiſpiele bei Dürr l. c. p. 168 sq.

3) Conc. Mogunt. (1261.) c. 54. bei Hartzheim, Conc. Germ. T. IV. p. 615.

4) Dürr, de annis carentiae canonicorum ecclesiarum cathedr. et colleg. in Germania. Mog. 1772. und bei Schmidt l. c. p. 204 sq.

5) Nach der Extr. Suscepti regiminis c. 2. de elect. in Extr. Joann. XXII. ſollte die Carenzzeit höchſtens eine dreijährige ſein; dieſe Beſtimmung war aber nicht in allen teutſchen Stiftern zur Herrſchaft gekommen. So waren z. B. in Worms, Speyer und Conſtanz vier, in Magdeburg fünf, in Augsburg ſechs Carenzjahre üblich. Eine Zuſammenſtellung aus den Stiftsſtatuten gibt Dürr l. c. p. 249 sq.

nen Rechte hinübertrat. Im Einzelnen war freilich durch die Statuten und Obſervanzen das Verhältniß höchſt verſchieden geſtaltet. Doch wurde es, wo nicht abweichende Beſtimmungen in die Mitte traten, als Grundſatz betrachtet [6]), daß der Ertrag des Gnadenjahres ein integrirender Theil der Erbſchaft ſei, mithin der Genuß wegfalle, wo der Erbe die letztere ausgeſchlagen habe; daß das Gnadenjahr mit dem Todestage anfange und nicht auf diejenigen Emolumente ſich erſtrecke, welche, wie die Diſtributionen, die Präſenz vorausſetzen, endlich daß es da nicht eintrete, wo der Erblaſſer von der Pfründe ſuspendirt oder ſonſt am Bezuge rechtlich gehindert ſei. Gegenwärtig kommen aber, weil die Verhältniſſe der Stiftspfründen ſich völlig geändert haben, dieſe Sätze nicht mehr zur Anwendung.

Auf einer anderen Grundlage ruht das Gnadenjahr, Gnadenhalbjahr, Gnadenquartal [7]), welches in den evangeliſchen Landeskirchen zum Beſten der Nachgelaſſenen der Geiſtlichen eingeführt iſt. Dieſes iſt eine perſönliche Vergünſtigung, und hat eben als ſolche nichts gemein mit der Erbſchaft; es fällt alſo den Berechtigten ſelbſt dann zu, wenn ſie auf die Erbſchaft verzichteten oder von dieſer ausgeſchloſſen worden ſind [8]). Aus demſelben Grunde kann auch der Geiſtliche nicht letztwillentlich darüber verfügen, und eben ſo wenig unterliegt es der Beſchlagnahme durch die Gläubiger deſſelben. Ferner gehört der Ertrag, falls einer der mehreren zum Genuß Berechtigten ſtirbt, nicht den Erben des letzteren, ſondern der freigewordene Antheil accrescirt den Uebrigen. Die Frage, wem dieſe Wohlthat zuſtehe, kann an ſich nur zu Gunſten der Wittwe und der unverſorgten Kinder beantwortet werden [9]). Doch haben Geſetzgebung und Gewohnheitsrecht oft die Kinder und die Enkel vorverſtorbener Kinder ohne Unterſchied für berechtigt erklärt. Die Theilung geſchieht, wo nicht ſpecielle Beſtimmungen vorliegen, zwiſchen der Wittwe und den Kindern nach Kopftheilen, während die Enkel nach Stämmen theilnehmen. Regelmäßig erſtreckt ſich das Gnadenjahr nicht auf die Stolgebühren. Doch werden zuweilen auch dieſe unter dem Beneficium begriffen, in welchem Falle aber dann die Verpflichtung der Berechtigten beſteht, die vicarirenden Geiſtlichen zu entſchädigen [10]). Zuletzt verſteht es ſich von ſelbſt, daß die Hinterbliebenen eines Geiſtlichen, der

---

6) Dürr, de annis gratiae p. 190 sq.

7) J. H. Böhmer, J. E. P. L. III. tit. 5. §. 288 sq.

8) Anders in letzterer Beziehung das preuß. allgem. Landr. II. 11. §. 848.

9) Böhmer l. c. §. 290 sq. — Nach dem preuß. allgem. Landr. II. 11. §. 839 flg. gebührt die Gnadenzeit nur ſolchen Kindern des Pfarrers, die ſich bei ſeinem Ableben noch in ſeiner Gewalt befunden haben, den Enkeln und blos angenommenen Kindern nur dann, wenn ſie, als der Geiſtliche ſtarb, ſich in ſeinem Hauſe und ſeiner Verpflegung befanden. Vgl. dagegen für Sachſen, wo die angenommenen Kinder ausgeſchloſſen ſind: Weber, ſächſ. K.-R. Bd. II, S. 517.

10) Preuß. allgem. Landr. II. 11. §. 854.

removirt war, oder auf ſein Amt verzichtet hatte, keinen Anſpruch haben [11]).

Richter.

Gottesdienſt. Der folgende Artikel hat die Beſtimmung, die Lehre von dem Cultus und deſſen rechtlichen Beziehungen zu erſchöpfen. Nach der Natur der Sache war von der katholiſchen Kirche auszugehen, und zwar wurde der Stoff ſo geordnet, daß nach einer allgemeinen Ueberſicht über den Entwickelungsgang des Cultus zuvörderſt die Frage nach dem Recht der Geſetzgebung im Gebiete der Liturgie und nach der hier einſchlagenden Berechtigung des Staates, dann die Lehren von den Hauptbeſtandtheilen des Gottesdienſtes, endlich die Beſtimmungen über den Gebetsdienſt der Geiſtlichen, über die Verehrung der Heiligen und Reliquien und über die Proceſſionen und Wallfahrten erörtert ſind.

A. Der Cultus der katholiſchen Kirche [1]).

I. Allgemeine Ueberſicht.

Wie die Kirche ſelbſt im Schooße des Judenthums erwachſen iſt, ſo hat auch ihr Cultus zunächſt aus dem Tempeldienſte ſich entwickelt, und deſſen Elemente ſich aſſimilirt. Auf der anderen Seite wurden durch die Heidenchriſten auch manchen heidniſchen Gebräuchen der Eingang in das gottesdienſtliche Leben erſchloſſen; doch bildete das Abendmahl und die Taufe, ſo wie die Vorleſung der heiligen Schriften die Einheitspunkte eines Cultus, deſſen Charakteriſtiſches für jene älteſte Zeit in dem freien Zuſammenwirken im Glauben und der Liebe geſucht werden muß. Schon im dritten Jahrhunderte hatte aber der Gottesdienſt feſtere Geſtalt gewonnen, wie z. B. die Mittheilungen des Juſtinus Martyr zeigen [2]), und gleichzeitig tritt die Tendenz, denſelben geſetzlich zu ordnen, hervor, in welchem Bezuge namentlich auf die ſogenannten apoſtoliſchen Conſtitutionen zu verweiſen iſt [3]), welche die im Kreiſe des Judenchriſtenthums von ihren Verfaſſern vorgefundenen Uebungen darſtellen. Für das Abendland finden ſich Zeugniſſe dieſes Alters freilich nicht. Deſto reicher flie-

---

11) In Beziehung auf die Wittwe und die Kinder emeritirter Geiſtlicher haben die Particularrechte verſchiedene Beſtimmungen. Nach dem preuß. allgem. Landr. II. 11. §. 842 gebührt ihnen kein Gnadenjahr; nach ſächſ. Rechte, Weber, a. a. O. S. 518, beziehen ſie daſſelbe jedoch, wie ſich von ſelbſt verſteht, nur nach Höhe des dem Verſtorbenen ausgeſetzten Betrages.

1) Gavanti, thesaurus sacrorum rituum, s. Comm. in rubricas missalis et breviarii Rom. (Rom. 1628.) fol. adi. SS. PP. et S. R. C. decretis novisque observ. et addit. ed. Merati. (Rom. 1736—38.) 4 Vol. 4. Bona, rerum liturgicarum libri II. (Paris. 1672.) 4. ed. Sala. (Turin. 1747—49.) 2 T. fol. Schmid, Liturgik der chriſtkathol. Religion, 3 Bde (Paſſau 1832), 2. Ausg., 1841.

2) Apol. I. 61 sq. (ed. Braun, Bonn. 1830.) — Justini Martyris de sacris Christianorum publicis narratio. Hal. 1725.

3) Förtſch, die apoſtoliſchen Conſtitutionen und ihre Geltung in liturgiſcher Hinſicht in Größmann, Denkſchr. des evang. Prieſterſeminars zu Friedberg für d. J. 1839. Gieß. 1839.

ßen die Quellen ſeit dem 5. und 6. Jahrhunderte [4]); insbeſondere enthalten die den Päbſten Leo d. Gr. und Gelaſius zugeſchriebenen Sacramentarien neben zahlreichen ſpäteren Zuſätzen doch des Urſprünglichen Vieles, und klar ausgeprägt zeigen uns die liturgiſchen Schriften Gregors d. Gr. die Formen des römiſchen Gottesdienſtes ihrer Zeit. Sie ſammt den älteſten ordines Romani [5]), deren erſter ſchon durch Gregor benutzt zu ſein ſcheint, ſind der treue Ausdruck der inmittelſt in dem Glaubensleben der Kirche herrſchend gewordenen Ideen. War es urſprünglich die Idee der Gemeinſchaft mit einander und dadurch mit dem Princip der Erlöſung, die wir als Trägerin des Gottesdienſtes zu betrachten haben, ſo tritt nun jene Sonderung hervor, in welcher die Prieſter, als die mit der Binde- und Löſegewalt ausgeſtatteten Organe der göttlichen Gnade, bei dem Cultus die allein thätigen ſind, während die Gemeinde ſich nun als empfangend darſtellt. In gleichem Schritte mit der allgemeinen Entwicklung, in welcher die römiſche Kirche ſich zum Mittelpunkte des religiöſen Lebens geſtaltete, gingen dann die in ihr ausgebildeten liturgiſchen Formen in die einzelnen Landeskirchen über. Insbeſondere iſt geſchichtlich beurkundet, daß ſie in England [6]) ſchon im ſiebenten Jahrhunderte den Sieg über die altbritiſche Liturgie davon getragen hatten, und daß auch im Frankenreiche unter Pipin und Karl d. Gr. römiſche Sprache und römiſcher Cultus zur Herrſchaft gelangten [7]).

---

4) Muratori, liturgia Romana vetus, tria sacramentaria complectens, Leonianum scil., Gelasianum et antiquum Gregorianum, cet. (Venet. 1748.) 2 T. fol. — Martene, de antiquis ecclesiae ritibus, Ed. II. (Antw. 1736—38.) 4 T. fol. — Mabillon, de liturgia Gallicana libri III. Paris. 1729. 4. — Ueber die verſchiedenen Ausgaben des Sacr. Greg. von Pamelius (liturg. latinor. [Col. 1572.] 2 T. 4.), von Rocca (thesaur. pontificiar. sacrarumque antiquitatum, Ed. Rom. II. 1745. 2 T. fol.), von Menardus (Paris. 1642. und in den Opp. Greg. M. stud. monach. Benedict. T. III.) ſ. Auguſti, Denkwürdigk. Bd. 4, S. 265 flg.

5) Dieſer iſt unvollſtändig von Caſſander (Colon. 1561.) und dann von Hittorp (de divinis catholicae eccl. officiis ac ministeriis varii vetustiorum aliquot ecclesiae patrum ac scriptorum libri, videlicet Isidori Hisp., Amalarii etc. Colon. 1568.), dann vollſtändig von Mabillon (Mus. Ital. T. II. Paris. 1724. 4.) herausgegeben. Bei dem Letzteren finden ſich weiter eine Anzahl (früher nur zum Theil) bekannter Ritualbücher, welche ebenfalls den Namen ordines Romani führen. Aus dieſem Material iſt dann der gewöhnliche, oft herausgegebene ordo Romanus erwachſen.

6) Lappenberg, Geſch. von England Bd. 1, S. 183 flg.

7) Paul. Diac. Gest. episc. Metens. (bei Pertz, Mon. T. II. p. 268.): Ipsum clerum abundanter lege divina Romanaque imbutum cantilena morem atque ordinem Romanae ecclesiae servare praecepit, quod usque ad id tempus in Mettensi ecclesia factum minime fuit. — Cap. Car. M. (789.) c. 79. bei Pertz T. III. p. 66.: Ut sanctum Romanum planiter discant et ordinabiliter per nocturnale vel gradale officium peragatur, secundum quod beatae memoriae genitor noster Pippinus rex decertavit ut fieret, quando Gallicanum tulit ob unanimitatem apostolicae sedis et sanctae Dei ecclesiae pacificam concordiam, und in der Constit. de emendatione librorum et officiorum ecclesiasticorum (782.) ib. p. 45.: Accensi praeterea memoriae venerandae Pippini genitoris nostri exemplis, qui totas Galliarum ecclesias Romanae traditionis suo studio cantibus decoravit. — Monach.

Ganz freilich vermochte der der abendländiſchen Kirche inwohnende Trieb nach äußerer Einheit die individuelle Entwickelung nicht zu verdrängen, wie denn z. B. in Mailand von jeher und bis auf unſere Zeit ſich eine Liturgie erhielt, deren Zuſammenhang mit dem Cultus der griechiſchen Kirche nicht verkannt werden kann [8]). Eben ſo finden wir in Spanien die an eigenthümlichen Formen ſehr reiche, aus der Zeit der weſtgothiſchen Herrſchaft ſtammende ſogenannte mojarabiſche Liturgie, die nur allmälig den Bemühungen der Päbſte erlag [9]). Indeſſen ſind dieſe Spuren eines von der allgemeinen Entwickelung unberührten beſonderen Lebens doch nur vereinzelte, und thatſächlich ſtand es ſchon im Mittelalter feſt, daß die römiſche Liturgie der Typus ſei, nach welchem der Cultus der Landeskirchen ſich zu richten habe. Zur Vollendung kam dieſe Geſtaltung, als im Concilium von Trient gegenüber dem Proteſtantismus ſich das Glaubensbewußtſein der römiſchkatholiſchen Kirche concentrirte. Hieran knüpfte ſich als unmittelbare und nächſte Folge die Nothwendigkeit auch der Liturgie die entſprechende Sorgfalt zuzuwenden, um auch in dieſem Stücke die Einheit der Kirche zu ſichern. Deshalb ſtellte dieſe Kirchenverſammlung dem Pabſte eine Reviſion der Rituale anheim [10]), deren Reſultate uns in dem von Pius V. publicirten (1570), von Clemens VIII. verbeſſerten (1604) Missale, in dem von Pius V. bekannt gemachten (1568), unter Clemens VIII. (1602) und Urban VIII. (1631) wiederholten Reviſionen unterworfenen Breviarium für das ſogenannte officium divinum in specie (ſ. u.), in dem Pontificale Rom. von Clemens VIII. (1596), und dem Ceremoniale episcoporum (1600) von Clemens VIII. für die biſchöflichen Verrichtungen, endlich in dem Rituale von Paul V. (1614) für die pfarramtlichen Functionen vorliegen [11]). Dieſe haben die Beſtimmung, die Grundlagen der liturgiſchen Functionen in der ganzen Kirche zu ſein; doch haben einzelne religiöſe Genoſſenſchaften beſondere Breviarien, und in den einzelnen Diöceſen ſind gewöhnlich auf jener römiſchen Grundlage für die Pfarrer beſondere Rituale publicirt worden.

Sangall. Gesta Car. M. L. 1. c. 7. 8. 10. bei Pertz T. I. p. 734 sq., Monach. Eugolism. add. ad annal. Laurisham. ann. 787. ib. p. 170 sq., Eckchard., minimus de cantu eccl. c. 9. 10., vita B. Notkeri bei Canis., lect. ant. T. III. P. 2. p. 557 sq. — Von Bedeutung für die Geſchichte des Ueberganges der römiſchen Liturgie nach Teutſchland ſind auch die Statutt. Salisburg. (799.) bei Pertz T. III. p. 85. — Ueber die liturgiſchen Schriften des Amalarius, welche für die Einführung des römiſchen Cultus im Frankenreiche ſehr wirkſam geworden ſind, und über den ſogen. Micrologus ſ. Mabillon, comm. in ord. Rom. p. III sq., Schröckh, Kirchengeſch. Bd. 23, S. 224 flg., Bd. 28, S. 276 flg. Auguſti, Denkwürdigkeiten Bd. 4, S. 275 flg.

8) Bona l. c. L. I. c. 10. Auguſti a. a. O. S. 281 flg.

9) Bona l. c. c. 11. Auguſti S. 294 flg.

10) Sess. XXV. de indice libr.

11) Ueber die verſchiedenen Ausgaben dieſer Ritualbücher iſt insbeſondere Zaccaria, bibliotheca ritualis (Rom. 1776. 78.) 2 T. 4. zu vergleichen.

Die Frage, wem

II. das Recht, die Liturgie zu beſtimmen,

zuſtehe, iſt mittelbar in der bisherigen Darſtellung ſchon beantwortet. Es kann nach allen die Verfaſſung beherrſchenden Grundſätzen nicht in Zweifel geſtellt werden: dieſes Recht iſt, ſo weit es ſich um allgemeine Anordnungen handelt, als weſentliches in dem Primat begriffen, und die Biſchöfe ſind nicht befugt, Formen, welche ſich auf die Uebereinſtimmung der ganzen Kirche gründen, wie namentlich den Gebrauch der lateiniſchen Sprache [12], ohne Genehmigung des allgemeinen Oberhauptes abzuändern. Dennoch iſt die Wirkſamkeit der Ordinarien in dieſem Gebiete noch immer ſehr bedeutend, denn überall haben ſich in den einzelnen Diöceſen beſondere gottesdienſtliche Uebungen, beſondere Feſte und Andachten erhalten, welche ihrem Anordnungsrechte unterliegen, und inmitten des großen Kreiſes der allgemeinen Liturgie giebt es genug der Punkte, in denen das individuelle Leben der Diöceſen und die Autorität der Ordinarien ihre Stätte hat. In Beziehung auf die Anordnung und Aufhebung der Feſttage vergl. dieſ. Art. Endlich iſt hier noch die Frage zu erörtern, welches Recht der Staat rückſichtlich der Liturgie in Anſpruch zu nehmen habe. Dieſes kann, wie ſich aus dem Begriffe des Staates von ſelbſt ergiebt, ſchlechthin nur ein negatives ſein, das Recht allen ſein eigenes Sein nachtheilig berührenden gottesdienſtlichen Geſtaltungen zu wehren, und die liturgiſchen Anordnungen des Kirchenregiments, welche zugleich in das äußere Leben eingreifen, an ſeine Mitwirkung zu binden. Auf dieſes Befugniß des Staates ſtützen ſich namentlich die in vielen teutſchen Ländern rückſichtlich der Proceſſionen, Wallfahrten ꝛc. erlaſſenen beſchränkenden Anordnungen [13] (vergl. u.).

III. Die Hauptbeſtandtheile des Gottesdienſtes.

a) Die Meſſe [14].

Den Höhen- und Mittelpunkt des gottesdienſtlichen Lebens bildet die Meſſe, in welcher der Prieſter das unblutige Opfer dem Herrn dar-

---

12) Die Beſtimmungen des Concils von Trient Sess. XXII. de sacr. miss. cap. 8. und can. 9. beziehen ſich zunächſt auf die Meſſe; doch fordert der römiſche Stuhl auch den Gebrauch der lateiniſchen Sprache bei der Verwaltung der Sacramente, deſſen Beibehaltung in dem bayer'ſchen Concordate Art. XII. (ut in ecclesiasticis functionibus, praesertim autem in missa et in administratione sacramentorum ecclesiae formulae in latina lingua usurpentur) er ſich ausdrücklich ſtipulirt hat. Indeſſen iſt doch in einzelnen teutſchen Ländern, wie z. B. in Oeſterreich, der Gebrauch der teutſchen Sprache wenigſtens bei der Ausſpendung der Sacramente angeordnet, eine Verfügung, die in der bekannten Note des Cardinalſtaatsſecretärs Conſalvi an den Bisthumsverweſer v. Weſſenberg v. 2. Sept. 1817 (Denkſchr. über das Verfahren des röm. Hofes [Karlsr. 1818], S. 22) zu den scandalosissimi abusi gerechnet wird.

13) Vgl. das Edict über die äußeren Verhältniſſe des Königreiches Bayern in Beziehung auf Religion und kirchliche Geſellſchaften v. J. 1818, §. 76 flg.

14) Vgl. z. B. **Gavanti**, thesaurus (ſ. o. Note 1), **Benedict. XIV.**, de sacros. missae sacrificio, in Opp., **Antony**, praxis rituum, quibus in s. missae sacrificio ecclesia utitur. Monast. 1831. — **Gräſer**, die röm.-

bringt. Es iſt nicht der Ort hier, in eine geſchichtliche Entwickelung der einzelnen Handlungen einzugehen, welche in ihrer Totalität die Meſſe bilden. Indem wir vielmehr in dieſem Bezug auf die reichhaltige liturgiſche Literatur verweiſen, begnügen wir uns zu bemerken, daß ſich urſprünglich der gemeinſame Cultus in zwei Hauptabſchnitte ſonderte, von denen der eine, die ſogenannte missa catechumenorum, die Vorleſung der heiligen Schriften und die Gebete, der andere, die ſogenannte missa fidelium, die Verwaltung des Myſteriums der Kirche begriff, dieſer für die Gläubigen allein, jener auch für die Katechumenen, die Ungläubigen und die Büßer. Später verlor ſich dieſe Scheidung inſofern, als die Entlaſſung der zur Theilnahme an dem Opfer nicht Berechtigten durch das Ite missa est, von welchem die Meſſe ihren Namen entlehnt [15]), hinwegfiel. Indeſſen iſt noch in der heutigen Meßordnung ein didaktiſcher Theil unterſchieden worden, der in ſeinem Confiteor (der alten Epomologeſe), dem Introitus, dem Kyrie und Chriſte Eleiſon, dem Gloria in excelsis, dem Dominus vobiscum und den durch das Oremus eingeleiteten Gebeten, der Lectio aus dem alten und neuen Teſtamente, dem Graduale, dem Allelujah und dem Tractus, der Lectio evangelii und der Predigt die alte Katechumenenmeſſe repräſentirt. Hieran ſchließt ſich das Offertorium, als vorbereitender Act für den Meßcanon, in welchem der Prieſter in ſeinem Namen und im Namen der Gemeinde die Bittgebete darbringt und die Wandelung ſelbſt vollzieht. Den Schluß endlich bildet die Communion, nach welcher der Prieſter die Gemeinde mit dem Ite missa est unter Gebet und Segen entläßt.

Wird die Meſſe mit Entwickelung aller Riten gefeiert, ſo heißt ſie missa solennis, während im entgegengeſetzten Falle, alſo wenn die Feier mit abgekürztem Ritual ſtatt findet, von einer ſtillen Meſſe (missa minus solennis) geſprochen zu werden pflegt. Von dieſer Eintheilung iſt die andere in missa publica und privata wohl zu unterſcheiden. Die erſte in ihrer engeren Bedeutung ſtellt den gemeinſamen Gottesdienſt, die alten Collecten und Synaxen dar, und es iſt bei ihr die Theilnahme der Gemeinde an dem Abendmahl weſentliches Moment ihres Begriffes. Hierher gehört insbeſondere die Pfarrmeſſe, welche in der Parochialkirche wenigſtens an jedem Sonn= und Feſttage gefeiert werden ſoll [16]). In weiterer Bedeutung iſt aber auch diejenige Meſſe eine

---

kath. Liturgie nach ihrer Entſtehung und geſchichtl. Ausbildung, oder geſchichtl. Darſtellung aller in der röm. Meſſe vorkommenden Gebete, Geſänge und Gebräuche (Halle 1829), 2 Bde.

15) Ueber die verſchiedenen Ableitungen des Wortes missa, unter denen jene von dem Ite missa (= missio) est, die wahrſcheinlichere iſt, vgl. Du Fresne, gloss. s. h. v.

16) Conc. Trid. Sess. XXIII. c. 14. de ref. — Nach den Declarationen der Congr. conc. ſollen die Pfarrer, deren Einkünfte die Congrua nicht erreichen, wenigſtens an Feſttagen, alle andere aber täglich das Meßopfer pro populo appliciren, Prosper Lambertinus, instit. X. (p. 56. Ed. Ingolst. 1751. 4.) Das letztere iſt jedoch in teutſchen Diöceſen nicht üblich, vgl. z. B. für Mainz:

öffentliche, welche, wiewohl der Prieſter allein communicirt, doch für ein die Gemeinde oder die Kirche betreffendes Anliegen applicirt wird, wie die Meſſe am Aerntefeſte, oder bei dem Bittgange einer Gemeinde, die Meſſe um eine glückliche Pabſtwahl, die missa pro rege u. ſ. w. Die Meſſe dagegen, in welcher das Opfer zum Beſten einer persona privata dargebracht wird, iſt die Privatmeſſe[17]). Doch bezeichnen die Dogmatiker nach dem Concil von Trient[18]) mit dieſem Namen überhaupt diejenige, bei welcher allein der Prieſter ſacramentaliſch communicirt. In die Kategorie der Privatmeſſen gehören insbeſondere die Votivmeſſen, in welchen die Kirche zum Beſten einzelner Gläubigen als Vergeltung für eine ihr erwieſene Wohlthat das Opfer darbringt, und als Unterart der letzteren, die Todtenmeſſen, für das Seelenheil eines Abgeſchiedenen. Weſentliche Vorausſetzung[19]) hierbei iſt, daß die Meſſe nur für einen Gläubigen und Würdigen applicirt werde, weshalb den Ungläubigen, Schismatikern und Ketzern, den ungetauften Kindern und Katechumenen, Zinswucherern[20]), Selbſtmördern[21]) u. a. dieſe Wohlthat verweigert wird. Als Handlung aber, welche einen Anſpruch auf die letztere gewährt, betrachtet die Kirche ſchon die Erlegung eines stipendium[22]) zum Beſten des Meſſe leſenden Prieſters, eine Geſtaltung, welche eintrat, ſeit die Darbringung des Materials zu dem Opfer durch die Gemeinde ſich verlor. In der That kam die mit ihr verbundene große Gefahr des Mißbrauches einzelnen Kirchenſchriftſtellern ſchon früh zum Bewußtſein, wie ihn denn z. B. ſchon Wallfrid Strabo[23]) lebendig beklagt. Dennoch finden wir ſpäter die Stipendien überall in Uebung und als Gegenſtand der Erwerbsſucht gebraucht, der mehre, insbeſondere die ſogenannten trocknen Meſſen (missae siccae)[24]) und die ſogenannten

---

Schumann, Samml. der das Kirchen- und Schulweſen betr. Verordn. (Mainz 1840), S. 237.

17) Ueber die Geſchichte der Privatmeſſen und der Votiv- und Todtenmeſſen insbeſondere vgl. Bona l. c. L. I. c. 14. mit den Noten von Sala, Muratori, diss. de liturg. Rom. c. 16 sq. in dem Note 4 angeführten Werke u. a.

18) Sess. XXII. c. 6. de sacr. miss.

19) Seitz, Recht des Pfarramtes Bd. 2, S. 145 flg.

20) C. 3. X. de usur.

21) C. 12. c. XXIII. qu. 5.

22) Guyard, dissertation sur l'honoraire des messes, 1747., Kopp, die kathol. Kirche im 19. Jahrh. S. 202 flg., Prosper Lambertin., instit. LVI., Benedict. XIV., de synod. dioeces. L. V. c. 8 sq. — Ueber die alten Oblationen (c. 8. Dist. XC. [statutt. eccl. ant.], c. 73. Dist. I. de cons. [Innoc. I. 416.], c. 5. Dist. II. de cons. [conc. Carth. 397.], c. 6. eod. [conc. Trull. 692.]) ſ. u. a. Roestell, de bonis eccl. ante Const. M. Regiom. 1825.

23) De reb. eccl. c. 22.: In hoc error non modicus, quod quidam se non posse aliter plenam commemorationem eorum facere, pro quibus offerant, nisi singulas oblationes pro singulis offerant; quum vero sciamus, unum pro omnibus mortuum, unum panem esse et sanguinem, quod universalis ecclesia offert.

24) D. i. diejenigen, bei denen der Prieſter alle Gebete, mit Ausnahme der des Canons und der auf die Opferung und Sumtion bezüglichen, abbetet,

missae biſaciatae [25]), ſo wie die Meſſen zum heiligen Antonius, zum heiligen Michael [26]) und die ſogenannten Gregoriusmeſſen [27]), ihren Urſprung verdanken. Solchen Mißbildungen traten zwar theils die Concilien, theils ſpäter die Congreg. rituum entgegen; ein völliges Verbot der Meßſtipendien, wie es z. B. auf dem Concil von Trient beantragt wurde [28]), und wie es u. a. bei den Jeſuiten die Ordensſtatuten ausgeſprochen haben [29]), iſt aber nicht erfolgt, und noch immer beſteht die Einrichtung, daß gegen eine beſtimmte Gabe einzelne Meſſen geleſen werden. Sehr häufig finden ſich auch beſondere Stiftungen, deren Ertrag zur Verwendung für eine Meſſe am Anniverſarium des Begräbniſſes oder einem anderen Tage beſtimmt iſt. Die quantitativen Feſtſetzungen geben für beide Fälle die Obſervanz oder beſondere Diöceſentaxen [30]).

Der Miniſter der Meſſe iſt ausſchließlich der Prieſter [31]), deſſen Beruf in der Verwaltung des Opfers ſeinen Mittelpunkt hat. Der Empfang der Prieſterweihe reicht jedoch allein nicht aus, ſondern die Kirche fordert von dem Celebranten außerdem noch Nüchternheit [32]),

---

ohne zu conſecriren, ſ. Schmid a. a. O. Bd. 1, S. 498. In einem Pontifical des Biſchofs Prudentius von Troyes bei Martene l. c. L. I. c. 3. a. 1. nr. 16. und bei Durantis, rational. divin. L. IV. c. 1. nr. 23. wird dieſe Art der Meſſe als erlaubt vorausgeſetzt. Jetzt iſt ſie nicht mehr üblich.

25) Vgl. synod. Herbipol. (1407.) c. 17. Bei dieſen wurde die Katechumenenmeſſe ſo oft wiederholt, als Stipendien vorlagen, und dann in der missa fidelium fortgefahren. Auf einen ähnlichen Mißbrauch bezieht ſich ſchon conc. Tol. XII. (681.) c. 5. in c. 11. Dist. II. de cons., welches den Prieſtern unterſagt, mehrere Meſſen hintereinander ſo zu leſen, daß nur bei der letzten die Sumtion geſchieht.

26) Conc. Salegunstad. (1023.) c. 10.

27) Die 30 Gregoriusmeſſen, welche nach einander geleſen zu werden pflegten (ſogen. Tricenarium Gregorii) und für beſonders verdienſtlich und wirkſam gehalten wurden, knüpfen ſich an eine Erzählung in dem vierten B. der Dialogen Gregor's d. Gr., und waren insbeſondere bei den Cluniacenſern üblich. Durch die congreg. conc. wurden ſie als beſonderer Dienſt verboten.

28) Pallavicin., hist. conc. Trid. L. XVIII. c. 6. nr. 96.

29) Vgl. Institut. Soc. Jesu. (Prag. 1757.) T. I. p. 412. 421. Die Jeſuiten dürfen auch nicht die Verpflichtung zu immerwährenden Meſſen übernehmen.

30) Vgl. Prosper Lambertin. l. c. — Ein Beiſpiel bei Schumann a. a. O. S. 242.

31) Die Verwaltung des Opfers durch einen nichtbefähigten Geiſtlichen iſt ein kirchliches Vergehen, welches durch die Conſtitutionen Ervi alias von Clemens VIII. und Apostolatus officium von Urban VIII. mit Degradation bedroht iſt. Laien, welche ſich deſſelben ſchuldig machen, ſollen dem weltlichen Richter zu gebührender Beſtrafung übergeben werden. Vgl. Seitz, von dem Verbrechen der Ordensuſurpation, in ſeiner Zeitſchrift für Kirchenrechts- und Paſtoralwiſſenſchaft Heft 1 (Regensburg 1842), S. 57.

32) Vgl. Seitz a. a. O. S. 191 flg., Schmid a. a. O. S. 502 flg. — Der Geiſt der in dieſem Bezuge beſtehenden Verfügungen kann aus folgender Stelle des römiſchen Meßbuches erkannt werden: Siquis non est ieiunus post mediam noctem, etiam post sumtionem solius aquae vel alterius potus vel

Reinheit des Körpers und des Geiſtes, und ein der Würde ihres heiligſten Myſteriums entſprechendes äußeres Verhalten, in welchem letzteren Bezuge hier auf die liturgiſchen Schriften verwieſen werden muß. Bei der Feier ſoll der Prieſter ſich zweier oder im Nothfall wenigſtens eines Miniſtranten bedienen [33]), deren Beſtimmung es iſt, anſtatt des Volkes zu reſpondiren. Dieſe ſollen nach der urſprünglichen Idee Geiſtliche ſein [34]), was in größeren Kirchen noch jetzt beobachtet wird. In den Pfarrkirchen iſt es dagegen jetzt allgemein üblich, daß auch Laien reſpondiren, und nur dieſes gilt als unverbrüchliche Regel, daß dazu niemals Frauen gewählt werden dürfen [35]). Meſſen, welche der Prieſter ohne Reſpondenten lieſt, heißen missae solitariae, und wurden durch die Geſetze ſchon früh verboten [36]). Doch iſt die Möglichkeit ihrer Zulaſſung durch päbſtliches Indult nicht zu bezweifeln.

Der Ort der Meſſe iſt ordnungsmäßig der Altar in der Kirche [37]). Zur Feier in einer Capelle bedarf es beſonderer Geſtattung durch den Kirchenoberen [38]), die nur unter großen Beſchränkungen, theils rückſichtlich der Tage, an denen die Meſſe geleſen werden ſoll, theils in Bezug auf die zur Theilnahme berechtigten Perſonen gegeben zu werden pflegt. Eine Ausnahme bildete früher das einzelnen Möndsorden zugeſtandene Privilegium, überall an einem tragbaren Altar Meſſe leſen zu dürfen [39]). Dieſes iſt aber durch das Concil von Trient aufgehoben

---

cibi, per modum etiam medicinae et in quantumcunque parva quantitate, non potest communicare nec celebrare. Si autem ante mediam noctem cibum aut potum sumserit, etiamsi postmodum non dormierit, nec sit digestus, non peccat, sed ob perturbationem mentis, ex qua devotio tollitur, consulitur aliquando abstinendum. Si reliquiae cibi inmanentis in ore transglutiantur, non impediunt communionem, quum non transglutiantur per modum cibi, sed per modum salivae. Item dicendum, si lavando os deglutiatur stilla aquae praeter intentionem cet.

33) C. 61. Dist. I. de cons. (conc. Nannet.? vgl. Const. Worm. A. 829. c. 8. bei **Pertz** T. III. p. 342., conc. Paris. VI. L. I. c. 48., Regin. I. 193.)

34) S. die Gloſſe zu c. 61. cit.

35) C. 1. X. de cohab. cler. et mul.

36) S. Note 33. — **Bona** l. c. L. I. c. 13.

37) C. 1. 11. 12. 14. 15. Dist. I. de cons.

38) Das Concil v. Trient Sess. XXII. de observ. et evitand. in celebr. miss. beſtimmt: Neve patiantur (episcopi) privatis in domibus atque omnino extra ecclesiam et ad divinum tantum cultum dedicata oratoria ab eisdem ordinariis designanda et visitanda sanctum hoc sacrificium a saecularibus aut regularibus quibuscunque peragi. Dieſe Stelle wurde ſpäter theils durch die Declarationen der Congr. conc., theils durch päbſtliche Conſtitutionen (ſ. beſ. **Benedict.** XIV., Const. Magno [1751.] §. 11.) ſo gedeutet, daß es zur Anlegung eines Privatoratoriums eines päbſtlichen Indultes bedürfe, was aber nicht durchgängig practiſch geworden iſt (vgl. z. B. für Oeſterreich Graf **Barth=Barthenheim**, Oeſterreichs geiſtl. Angelegenheiten [Wien 1841], S. 554). Ueber die im Texte angedeuteten Beſchränkungen iſt die angef. Conſt. von Benedict XIV. zu vergleichen, **Seitz** a. a. O. S. 325.

39) C. 30. X. de privil., Benedict. XIV. Const. cit. — Den Jeſuiten, denen Paul III. dieſes Privilegium ertheilt hatte, wurde daſſelbe wenigſtens

worden. Dagegen beſteht noch jetzt eine ſolche Vergünſtigung rückſichtlich der Biſchöfe (ſ. d. Art. Altar), und anerkannt iſt, daß im Falle der Noth an jedem anſtändigen Orte an einem tragbaren Altare das Opfer dargebracht werden könne [40]).

Die Zeit der Meſſe endlich iſt jetzt die Zeit von Sonnenaufgang bis Mittag, für die Parochialmeſſe gewöhnlich die neunte Stunde [41]). Früher war es üblich, das Opfer auch in der Nacht, namentlich vor Weihnachten [42]), Oſtern und Pfingſten und in den Nächten nach den Quatemberſonnabenden zu celebriren. Hiervon hat ſich jedoch nur die Meßfeier am Weihnachtsfeſte erhalten, und ſelbſt dieſe ſogenannte Chriſtmeſſe hat aus polizeilichen Gründen in den meiſten Ländern auf eine ſpätere Zeit verlegt werden müſſen [43]). Eine andere, dem Feſt der Geburt Chriſti eignende Auszeichnung iſt, daß, während eine allgemeine Regel jedem Prieſter an Einem Tage nur Eine Meſſe zu leſen geſtattet [44]), an jenem drei Meſſen geleſen werden dürfen [45]). Abgeſehen von dieſer Ausnahme iſt die Häufung der Meſſen nur in Nothfällen [46]), alſo namentlich wenn ein Pfarrer mehre Gemeinden zu verwalten hat, und ihm kein Hilfsprieſter zur Seite ſteht, oder wo die Pfarrkirche ſo eng iſt, daß ſie nicht die ganze Gemeinde zu faſſen vermag, oder in Folge eines päbſtlichen Privilegiums, durch welches zuweilen beſtimmte Feſte für einzelne Länder zu polyliturgiſchen erhoben worden ſind [47]), geſtattet. Auf der anderen Seite iſt aber auch kein Tag von der Meßfeier ausgeſchloſſen, und nur in ſofern bildet der Charfreitag eine Ausnahme, als an ihm nicht das Opfer conſecrirt, ſondern die Meſſe mit vorausgeweiheten Elementen (g. missa praesanctificatorum) gefeiert wird [48]). In Beziehung auf die Privatmeſſen pro defunctis beſteht nach den Rubri-

---

für die Miſſionen von Gregor XIII. wieder beſtätigt, Inst. Soc. Jes. T. I. p. 68.

40) C. 11. 30. Dist. I. de cons.

41) Nach c. 52. Dist. cit. — Privatmeſſen dürfen zur Zeit der Pfarrmeſſe nicht geleſen werden.

42) C. 48. Dist. cit. (Pseudotelesph. nach dem Liber Pontif.) — Bona l. c. L. I. c. 21.

43) Vgl. für Mainz: Schumann a. a. O. S. 239, für Württemberg: Lang, Sammlung der württemb. Kirchengeſetze S. 53 flg., 111, 193, 199 flg., 242. — Anders in Oeſterreich nach Hofcanzleidecr. v. 1. Febr. 1810. Graf Barth-Barthenheim a. a. O. S. 539.

44) Die frühere Zeit kannte dieſe Regel nicht (conc. Tol. XII. (681.) c. 6. in c. 11. Dist. II. de cons., conc. Salegunstad. (1022.) c. 5., Mabillon, comm. in ord. Rom. p. XLVI. LX.). Vgl. aber c. 53. Dist. I. de com. (Alex. II.), c. 3. 12. X. de cel. miss.

45) C. 3. X. h. t. — Bona l. c. c. 18.

46) C. 3. cit. — Die Entſcheidung über das Vorhandenſein der Nothwendigkeit gebührt dem Biſchof, für den nach den beſonderen Statuten zuweilen die Decane die licentia binandi ertheilen, ſ. z. B. Mainzer Diöceſanſtatuten Abſchn. II, §. 26.

47) Benedict. XIV., de synod. dioeces. L. VI. c. 8.

48) Ueber dieſe Meſſe: Bona l. c. L. I. c. 15., Mabillon l. c. p. LXXIV sq.

ken des Miſſals die Beſchränkung, daß ſie an Doppelfeſten und Sonntagen nicht geleſen werden dürfen.

b) Die Predigt und die Fürbitten. Die Katecheſe.

Das alte Recht betrachtet die Predigt des Evangeliums als einen weſentlichen Theil des biſchöflichen Berufs [49]). Später trat dieſelbe, nachdem die Verfaſſung ſich entwickelt hatte, in den Kreis der pfarramtlichen Pflichten; doch ſchärfen z. B. noch die fränkiſchen Capitularien den Biſchöfen ein, ſich des Predigtamtes nicht zu entſchlagen [50]). Auf dieſem Standpunkte ruhen auch die Verfügungen des Concils von Trient [51]), welches die Erzbiſchöfe, Biſchöfe und andere Prälaten verpflichtet, an Sonn- und Feſttagen, in der Advents- und Faſtenzeit aber täglich oder wenigſtens dreimal in jeder Woche entweder ſelbſt oder durch geeignete Stellvertreter, deren Beſtellung ſchon das vierte Concil vom Lateran vorgeſchrieben hatte [52]), das göttliche Wort zu verkündigen. Gleiche Verfügungen beſtehen über die Predigt durch die Pfarrer. Den Laien iſt nach dem ganzen die Verfaſſung beherrſchenden Princip das Predigen verboten [53]), und auch für andere, durch ihr Amt nicht verpflichtete Geiſtliche bedarf es der biſchöflichen Zulaſſung [54]). Insbeſondre ſollen die Ordensgeiſtlichen, bevor ſie auf den Grund der ihnen von ihren Oberen ertheilten Licenz in den Kirchen ihres Ordens predigen dürfen, die Benediction, zur Predigt in anderen Kirchen aber die Licenz des Ordinarius nachſuchen [55]).

Der Inhalt der Predigt ſoll nach den Beſtimmungen des Concils von Trient die Hinweiſung auf die Pflichten des chriſtlichen Lebens und die Heilswege der Kirche, die Erläuterung der Meßceremonien, die Erklärung des Sacramentes der Buße u. ſ. w. ſein. Schon aus dieſen Beſtimmungen, aber auch aus der Stellung der Predigt [56]) am Schluſſe der Katechumenenmeſſe ergiebt ſich, daß die Einmiſchung perſönlicher Rügen, welche unmittelbar auf die Andacht bei dem heiligſten Acte zerſtörend zurückwirken müßte, nicht in dem Geiſte der Kirche liegen [57]), und in der That haben teutſche Synodalſtatuten oft den Pfar-

49) C. 6. Dist. LXXXVIII. (Statutt. eccl. ant.) — **Ambros.** de offic. sac. I. 1.: Episcopi proprium munus docere populum. **Auguſti**, Denkwürdigkeiten Bd. 6, S. 315 flg.

50) Cap. Ref. Fr. I. 103.

51) Conc. Trid. Sess. V. c. 2. Sess. XXIV. c. 4. de ref.

52) C. 15. X. de off. iud. ord.

53) C. 20. Dist. IV. de cons. (Statutt. eccl. ant.), c. 12. 14. X. de haeret.

54) Köln. Stat. bei **Hartzheim**, coll. conc. T. VIII. p. 518. T. IX. p. 931., Augsb. Stat. ib. T. IX. p. 33., Osnabr. p. 435. u. a.

55) Conc. Trid. Sess. XXIV. c. 4. de ref.

56) Mainzer Diöceſanſtatuten Abſchn. V, §. 10.

57) Anderer Anſicht iſt **Seitz** a. a. O. S. 78, der dem Pfarrer das Befugniß beilegt, über diejenigen Pfarrangehörigen, welche ſich dem Laſter und der Sünde ergeben haben, nach der Predigt eine perſönliche Rüge zu verhängen. Vgl. aber die in der Note 54 angef. Osnabrücker und Kölner Stat. bei **Hartzheim** T. IX.

rern die Anwendung dieſes ſogenannten Perſonalelenchus ausdrücklich unterſagt. Daß der Geiſtliche der abweichenden Glaubensſätze anderer Confeſſionen in der Predigt gedenken könne, um durch den Gegenſatz die Wahrheit der katholiſchen Lehre in helleres und klareres Licht zu ſtellen, unterliegt keinem Zweifel, wobei ſich freilich die auch in den Diöceſanſtatuten [58]) anerkannte Verpflichtung zur Vorſicht und Milde von ſelbſt verſteht. Dagegen ſind die ſogenannten Controverspredigten, deren unmittelbarer Zweck es iſt, die anderen im Staate recipirten Confeſſionen zu bekämpfen, und dadurch Unfrieden und Zwietracht zu ſtiften, mit Recht durch die Staatsgeſetzgebungen unterſagt worden [59]).

An die Predigt knüpfen ſich verſchiedene Fürbitten, und dann die Bekanntmachung von Eheverabredungen (ſ. Aufgebot), kirchlichen Feierlichkeiten u. ſ. w. Unter den erſten hat da, wo der Landesherr nicht katholiſch iſt, auch das Gebet für dieſen ſeine Stelle, während in dem entgegengeſetzten Falle die Commemoration deſſelben in dem Te igitur des Meßcanons geſchehen ſollte. Indeſſen gelten hier verſchiedene Uebungen, und oft wird auch für den katholiſchen Regenten nur nach der Predigt gebetet [60]), was in einer irrthümlichen Auffaſſung einer Stelle in dem römiſchen Miſſal ſeinen Grund hat [61]). In der That iſt aber die Stellung des Gebets für den Landesherrn gleichgiltig, und nur dieſes kann behauptet werden, daß die Kirche für das Oberhaupt des Staates, ganz abgeſehen von der Confeſſion deſſelben, ihre Fürbitten darzubringen ſchlechthin verpflichtet ſei. In Beziehung auf die öffentlichen Bekanntmachungen am Schluß der Predigt beſteht in den meiſten Staaten das Verbot des Mißbrauches der Kanzel zur Verkündigung weltlicher Angelegenheiten [62]).

Eine zweite Art der öffentlichen Unterweiſung in den Grundſätzen der Religion bilden die Katecheſen. Dieſe ſollen nach den Beſtimmungen des neueſten Rechtes in allen Parochieen an Sonn- und Feſttagen mit der Jugend gehalten werden, und die Pfarrer ſind für berechtigt erklärt, gegen Aeltern, welche ihre Kinder nicht zum Erſcheinen anhalten, ſelbſt mit Cenſuren vorzuſchreiten [63]). Die näheren Beſtimmungen ſowohl

58) S. z. B. Ermländ. Stat. bei Hartzheim T. IX. p. 99.

59) Preuß. allg. Landr. II. 11. §. 38.

60) Schmid a. a. O. S. 377 flg. — Ein Beiſpiel gibt das Rundſchreiben an die Pfarrer der Erzdiöc. Köln v. 3. Nov. 1825, in der Sammlung der wichtigſten allgem. Verordn. und Bekanntm. (Köln 1837), S. 11.

61) Das von Pius V. publicirte Miſſal (ſ. o.) hatte die Worte: et pro rege nostro N. weggelaſſen, was ſich zunächſt auf den Kirchenſtaat bezog. Wiewohl nun ſelbſt röm. Schriftſteller, z. B. der von Schmid S. 417 angeführte Bellarmin, die beſondere Erwähnung des Regenten in den Kirchen außerhalb des Kirchenſtaates für nothwendig hielten, iſt doch oft dieſelbe unterlaſſen worden, weil Pius V. ſelbſt verordnet hatte: Neque in missae celebratione alius... preces, quam quae hoc missali continentur, addere vel recitare praesumant. In Oeſterreich z. B. iſt dieſer Irrthum beſeitigt.

62) Z. B. öſterr. Hofcanzleidecr. v. 17. März 1791, Barth-Barthenheim a. a. O. S. 533, bayer. Verordn. v. 22. Juni 1808, Brendel, Kirchenr. S. 1228 u. a.

63) Conc. Trid. Sess. XXIV. c. 4. de ref.

über die Zeit der Katecheſen, als über das Alter der Chriſtenlehrpflichtigen geben die beſonderen Geſetze, die zuweilen auch die Erwachſenen dann, wenn dieſelben dem Frühgottesdienſte nicht beiwohnen konnten, zum Erſcheinen bei der Chriſtenlehre verpflichten[64]).

Endlich iſt hier noch der jetzt in vielen teutſchen Diöceſen beſtehenden Uebung des gemeinſamen teutſchen Kirchengeſanges zu gedenken. Für dieſen ſind beſondere Geſangbücher gebräuchlich[65]), welche ſchlechthin der Approbation der Ordinarien bedürfen.

c) Die Verpflichtung der Parochianen zur Theilnahme an dem Gottesdienſte.

Nachdem ſolchergeſtalt die Hauptbeſtandtheile des gemeinſamen Gottesdienſtes dargeſtellt worden, iſt noch die Frage zu beantworten, in wiefern die Parochianen zur Theilnahme an dem letzteren als verpflichtet betrachtet werden dürfen. In dieſem Bezuge hatte z. B. ſchon im vierten Jahrhunderte eine freilich jetzt nicht mehr nachweisbare Synode[66]) diejenigen Laien mit dem Banne bedroht, welche ſich länger als drei Wochen dem Gottesdienſte in der Kirche ihres Aufenthaltsortes entziehen würden, und ſpäter finden ſich bis hinab in das funfzehnte Jahrhundert noch viele Verfügungen[67]), welche die Parochianen der Meſſe, und zwar der Pfarrmeſſe, an Sonn- und Feſttagen beizuwohnen verpflichten, zuweilen unter Androhung einer Geldbuße[68]) oder der Verſagung des chriſtlichen Begräbniſſes für die Uebertreter[69]). Indeſſen hat die einzelnen religiöſen Orden, z. B. den Mendicanten und ſpäter den Jeſuiten, ertheilte Berechtigung zu öffentlichem Gottesdienſte auf dieſe

---

64) Oeſterr. Hofentſchl. v. 9. Febr. 1784, Barth-Barthenheim a. a. O. S. 532.

65) S. z. B. Mainzer Diöceſanſtat. v. 1837, Abſchn. V, §. 23.

66) Conc. Gard. (347.) c. 14.: Memini autem superiore concilio fratres nostros constituisse, ut si quis laicus in ea, in qua commoratur, civitate, tres dominicos dies, id est per tres septimanas, non celebrasset conventum, communione privaretur. Dieſe Verfügung iſt für die griech. Kirche im conc. Trull. wiederholt.

67) C. 64. (conc. Agath. 506.), c. 65. (conc. Aurel. 511.), c. 52. (cap. Theodulph. c. 797.) Dist. I. de cons., c. 5. C. IX. qu. 2. (cap. Reg. Fr.), c. 4. C. cit. und c. 2. X. de paroch. III. 29. (conc. Nannet.), c. 2. Extrav. comm. de treuga I. 9.

68) Vgl. z. B. Verordn. des Biſchofs Dietrich II. von Ermland (1471) bei Jacobſon, Geſch. der Quellen des preuß. Kirchenr. Bd. 1, Abth. 1, S. 135 der Urk.: Des ſuntags vnd ander heilige tage ſal ein itczlich menſche, das gekommen iſt czu ſeynen vornunftigen joren, komen zu ſeyner pfarrekyrche vnd meſſe horen vnde predigat von anbegyn czu dem ende vater vnſer vnd ave maria vm der geboten noch zu ſprechen ſeynem pfarrer vnde dy offinbar beychten. Wer nicht kommit zu dem anbegyn der meſſe, der vorbuſſet I guten ſchillingk, vorſeumet her dy predigat, ebin zo vil. Wer abir eyner vn der predigat, vnde dy gemene beichte nicht noch ſagete, adir dy vorberurten gebete, vorbuſſzet I guten ſch., vnd alſo dy nicht an das ende der meſſe bleiben. Hatte aber ymant redliche ſache ſynes ußbleibenß, das ſteet zu irkenntniß ſynes pfarrers.

69) S. Ermländ. Stat. (1449) daſ. S. 220.

Disciplin mildernd eingewirkt [70]), und jetzt kann es als feſtſtehender Grundſatz angeſehen werden, daß die Pfarrgenoſſen auch anderwärts ihre religiöſe Befriedigung ſuchen dürfen, und daß ein Zwang zur Theilnahme an dem Pfarrgottesdienſte gegen ſie nicht angewandt werden dürfe. Nur dann wird der Ordinarius einzuſchreiten berechtigt ſein, wenn ſich ergibt, daß die Parochianen „in contemtum“ der Parochialkirche handeln, was freilich durch beſtimmte Handlungen, und zwar durch andere, außer dem Beſuche eines auswärtigen Gottesdienſtes, erwieſen ſein muß. Dieſe Grundſätze ſind ſowohl durch päbſtliche Conſtitutionen, als durch vielfache Declarationen der Congr. concilii anerkannt, von denen die letzteren ſich geradezu auf die hier einſchlagenden Beſtimmungen der Trienter Synode ſtützen. Eine andere Frage iſt es, ob nicht gegen Pfarrgenoſſen, die ſich der Theilnahme an dem Gottesdienſte überhaupt entziehen, die Disciplin der Kirche ſich bethätigen dürfe. Dieſe iſt nicht zu verneinen, und es wird das Verfahren dieſes ſein, daß der Pfarrer zuerſt durch Belehrungen, Ermahnungen und Warnungen einzuwirken ſucht, und dann dem Ordinarius zu weiterer Verfügung Anzeige erſtattet.

IV. Das Officium divinum in specie [71]).

Der Dienſt des Herrn an Sonn- und Feſttagen genügte dem religiöſen Bedürfniſſe der früheren Zeit nicht, ſondern täglich vereinigten ſich die Gläubigen zum Gebet zu beſtimmten Stunden, namentlich um die dritte (9), ſechſte (12) und neunte (3) und am Abend [72]). Hieraus wurde ſpäter beſonders in den Klöſtern ein ſtehender Dienſt [73]), der dann mit dieſen aus dem Morgenlande auch in das Abendland verpflanzt wurde, und zwar bezeichnen hier die geſchichtlichen Urkunden ſchon früh das Matutinum mit den Laudes, die Prim, die Try, die Sext, die Non, die Vesper und das Completorium als die canoniſchen Tagzeiten. Aus den Klöſtern ging im achten Jahrhundert dieſe Einrichtung auch in die Capitel über, deren Beſtimmung es insbeſondere war, dem Gottesdienſte ſeine Stetigkeit zu ſichern. Mit der Zeit änderte ſich aber die diesfallſige Disciplin, zuvörderſt dadurch, daß ſich die früher üblich ge-

70) Vgl. überh. Benedict. XIV., de synod. dioec. L. XI. c. 14. und die dort gegebenen Belege, namentlich aus den Declar. der Congr. conc. zu Conc. Trid. Sess. XXII. de obs. in celebr. miss. und Sess. XXIV. c. 4. de ref. — Durchaus abweichender Anſicht in dieſem Stücke iſt Seitz a. a. O. S. 69 flg., S. 216 flg., der den Pfarrer für berechtigt hält, alle Grade der Admonition bis zur öffentlichen Beſchämung e suggestu, und alle Grade der Cenſuren bis zur Excommunication anzuwenden, indem er die im Texte angedeutete practiſche Entwickelung mit dem Namen einer unvernünftigen, mithin verwerflichen und canoniſch verdammten Gewohnheit belegt, als deren Quelle er S. 72 die Rechtsanſicht der proteſtantiſchen Doctoren bezeichnet. Es wird hinreichen, dieſe Anſichten auf die Declarationen der Congr. conc. zu verweiſen.

71) van Espen, de horis canonicis, in den Opp.

72) Apoſtelgeſch. III. 1, X. 9, XII. 12, XVI. 25, Eph. V. 19, Coloſſ. III. 16.

73) Die Belege für die folgende geſchichtliche Entwickelung bei Thomassin., vetus et nov. eccl. discipl. P. I. L. II. c. 71 sq.

weſene Theilnahme des Volkes mehr und mehr verlor, und dann durch die ſchon zeitig eingetretene Umwandlung der Stiftsverhältniſſe, in deren Folge die Canoniker ſich der perſönlichen Theilnahme am Chordienſt entzogen. Dieſer Mißbildung wirkten jedoch die Kirchengeſetze, freilich mit ſehr ungleichem Erfolge, entgegen; insbeſondere iſt auch im Concil von Trient die Verpflichtung der Canoniker angeſchärft [74]), und das auf Förderung des gemeinſamen Chordienſtes berechnete Inſtitut der Diſtributionen (ſ. d. Art. Canonikus) beſtätigt. In Beziehung auf die übrigen Geiſtlichen, welche an dem gemeinſamen Dienſte nicht Theil zu nehmen vermochten, anerkannte die Geſetzgebung die Verpflichtung, wenigſtens für ſich die Tagzeiten abzuhalten [75]), namentlich verpflichtete das Concilium von Baſel alle Beneficiaten [76]) und alle Geiſtlichen der höheren Weihen, und hierbei iſt es auch in dem neueren Rechte geblieben. Indeſſen muß hier nach der Natur der Sache ſehr vieles der Treue der einzelnen Geiſtlichen überlaſſen bleiben, die vor ihrem Gewiſſen die Frage zu entſcheiden haben, wenn ſie ohne Gefahr der Sünde, z. B. bei körperlichem Hinderniſſe, oder bei einer Colliſion der Recitation mit der Erfüllung eines chriſtlichen Liebesdienſtes ihrer Gebetspflicht ſich ganz entſchlagen, oder einzelne Horen zuſammenziehen können [77]). Oeffentliche Verrichtung der Brevierandacht iſt nur in den Kathedralen, Collegiaten und Kloſterkirchen, und zwar hier in verſchiedener, durch die Obſervanz beſtimmte Weiſe, üblich [78]), während in einfachen Pfarrkirchen nur die Vesper, gewöhnlich am Sonntage, öffentlich gefeiert wird. Die Grundlage bildet das bereits früher erwähnte römiſche Brevier [79]), durch welches die früheren Breviarien ſowohl der römiſchen Kirche, als der einzelnen Landeskirchen und religiöſen Genoſſenſchaften verdrängt wurden; die letzteren jedoch unter der Vorausſetzung, daß ſie nicht bereits zweihundert Jahre üblich geweſen, oder vom Beginn vom römiſchen Stuhl approbirt worden waren [80]).

V. Von der Verehrung der Heiligen, Reliquien und Bilder [81]).

Die Kirche hat von jeher das Andenken an diejenigen ihrer verſtorbenen Glieder gefeiert, welche ſich durch beſondere Verdienſte um ſie ſelbſt, und

---

74) Sess. XXIV. c. 12. de ref.

75) Belege bei Thomassin. l. c. — Vgl. z. B. die Regel des Chrodogang v. Metz c. 24. 27., Cap. Hincm. Rem. c. 9. (c. 2. Dist. XCI. und c. 1. X. de celebr. miss.) u. a.

76) Sess. XXI. c. 5. — Vgl. c. 1. 2. de fruct. benef. restitutione in VII.

77) Prosper Lambertin., inst. XXIV.

78) Von der Verpflichtung der Canoniker zum Chordienſte handelt ſehr ausführlich Prosper Lambertin., inst. CVII.

79) Zaccaria, bibl. rit. L. I. c. 4. T. I. p. 107.

80) Vgl. die bei der Publication des Breviars erlaſſene Conſt. Quod a nobis von Pius V.

81) Benedict. XIV., de servorum Dei beatificatione et beatorum canonisatione, in Opp.

durch hohe Frömmigkeit ausgezeichnet haben. Insbeſondere erwies ſie ſolche Verehrung den Blutzeugen, für welche ſie dem Herrn ihre Fürbitten darbrachte. Aber aus dieſen letztern wurde bald ein Gebet um Fürſprache bei Gott an die vollendeten Erlöſten, die man nun als die Vermittler der göttlichen Gnade anrief und verehrte [82]). Das Zeugniß über Wandel und Verdienſte, deſſen es hierzu bedurfte, legten zuerſt die Biſchöfe auf den Synoden ab. Doch findet ſich ſchon im zehnten Jahrhundert, daß auch der Pabſt einen Biſchof [83]) in die Reihe der Heiligen erhob, und ſeit dem zwölften wurde in conſequenter Anwendung der inmittelſt herrſchend gewordenen Verfaſſungsanſchauungen das Recht der Heiligſprechung zu einem vorbehaltenen Rechte des Primats [84]). Dieſes übten die Päbſte in der erſten Zeit dieſer Entwickelung entweder unter dem Beirathe einer Synode oder ſo, daß ſie ſich der Mithilfe und des Rathes der Cardinäle und einzelner Erzbiſchöfe und Biſchöfe bedienten [85]). Seit dem ſechzehnten und ſiebzehnten Jahrhundert iſt aber das Verfahren dieſes, daß zuvörderſt durch den Ordinarius, in deſſen Diöces entweder der Leichnam des zu Canoniſirenden ruht, oder von dem letzteren beſondere Wunder verübt worden ſind, eine Vorunterſuchung veranſtaltet wird, an welche ſich dann ein ſehr umſtändlicher, durch eine höchſt genaue Inſtruction vorgezeichneter Proceß bei der Congr. rituum anſchließt. Hierauf folgt, wenn in den Generalcongregationen die etwa entſtandenen Zweifel beſeitigt, und nachdem noch verſchiedene Conſiſtorien zur definitiven Beſchlußnahme abgehalten worden ſind, die feierliche Canoniſation, über welche eine Bulle erlaſſen wird. Unterſchieden wird übrigens zwiſchen Seligſprechung und Heiligſprechung. Von dieſen führte die erſtere urſprünglich zur Verehrung in einem engeren kirchlichen Kreiſe, jene zur Verehrung in der ganzen Kirche. Seit jedoch hier ein päbſtliches Reſervat in die Mitte getreten, wird der Unterſchied ſo gefaßt, daß die erſte als Erlaubniß, die zweite als Gebot der Verehrung betrachtet wird. Indeſſen iſt jene gewöhnlich die Vorbereitungsſtufe für die letztere.

In Beziehung auf die Ueberreſte heiliger Perſonen, die ſogenannten Reliquien, deren Verehrung die Kirche ebenfalls zuläßt, beſteht die Verfügung, daß zuvörderſt die Identität derſelben durch eine genaue Unterſuchung von dem Ordinarius ermittelt werden ſolle [86]). Doch tritt hier häufig auch die Thätigkeit der Congreg. rituum in die Mitte [87]). Ganze Körper der Heiligen ſollen nicht in Privathäuſern, ſondern in verſchloſſenen Behältniſſen in den Kirchen aufbewahrt werden. Verboten iſt auch der Handel mit Reliquien, weshalb zuweilen die weltlichen Ge-

---

82) Conc. Trid. Sess. XXV. de invoc. sanct.
83) Dieſes war der Biſchof Ulrich von Augsburg, Mansi, coll. conc. T. XIX. c. 169 sq., Mabillon, acta 55. ord. Bened. Saec. V. praef. n. 99. Weitere Beiſpiele bei Benedict. XIV. l. c. L. I. c. 8.
84) C. 1. X. de reliquiis et vener. sanctor.
85) Benedict. XIV. l. c. L. I. c. 16.
86) C. 1. X. h. t. Conc. Trid. Sess. XXV. de invoc. sanct.
87) Vgl. überhaupt Benedict. XIV. l. c. L. IV. P. 2. c. 24 sq.

ſetze in katholiſchen Staaten über das Verfahren mit den in den Verlaſſenſchaften befindlichen Reliquien beſondere Verfügungen enthalten [88]).

Endlich geſtattet die Kirche zur Erhöhung der Andacht, und zur Belebung des Andenkens an die Heiligen und die Thatſachen der heiligen Geſchichte auch die Aufſtellung von Bildern [89]). Aber zugleich hat ſie auch den Ordinarien hier die Sorge für die Abweiſung der hier möglichen Mißbräuche zur Pflicht gemacht, und zur Aufſtellung ungewöhnlicher Bilderwerke die Approbation derſelben erfordert [90]).

VI. Proceſſionen und Wallfahrten. Außerordentliche Andachten.

Das gottesdienſtliche Leben der katholiſchen Kirche iſt ein unendlich vielgeſtaltiges; ihm genügen nicht die reichen Formen des regelmäßigen gemeinſamen Cultus, ſondern in allen Diöceſen hat der fromme Sinn, aber zuweilen auch, was nicht verſchwiegen werden darf, der Aberglaube außerordentliche Andachten und religiöſe Uebungen geſchaffen. Dieſe darzuſtellen würde hier nicht gerechtfertigt ſein; es genügt vielmehr zu wiederholen, daß in dieſem Punkte die Autorität der Ordinarien wirkſam wird, die bald etwaige Auswüchſe und Mißbildungen entfernt, bald das vorliegende religiöſe Bedürfniß durch die entſprechenden Anordnungen befriedigt. Der Staat aber wacht über die desfalls beſtehenden Gebräuche, nach den bereits oben angedeuteten Grundſätzen. Insbeſondre haben in den meiſten Staaten die Proceſſionen und Wallfahrten weſentlichen Beſchränkungen theils durch die Ordinariate, theils durch die weltliche Gewalt unterlegen. Die erſten ſind häufig auf das Frohnleichnamsfeſt, den Marienstag und die Bittwoche und zwar auf den Umkreis der Pfarrei beſchränkt, wobei aber den Biſchöfen das Recht, ſie in allgemeinen Nothfällen anzuordnen, unverkümmert geblieben iſt. Die anderen dürfen oft nur in Begleitung des ordentlichen Seelſorgers und zwar nicht nach entfernteren Orten oder gar in das Ausland ſtattfinden [91]).

B. Der Cultus der evangeliſchen Kirche [92]).

I. Allgemeine Ueberſicht.

Wenn es in der katholiſchen Kirche die Feier des Opfers iſt, welche dem Cultus ſeine individuelle Geſtalt verliehen hat, ſo hat der Gottes=

---

88) S. z. B. öſterr. Hofcanzleidecr. v. 16. Nov. 1826 bei Barth=Barthenheim a. a. O. S. 552.

89) C. 28. Dist. III. de cons. (conc. Nic. II. 787.), conc. Trid. Sess. XXV. de invoc. sanctor.

90) Conc. Trid. l. c. — Auch die weltliche Geſetzgebung hat oft beſchränkende Verfügungen, ſ. z. B. für Oeſterreich: Barth=Barthenheim a. a. O. S. 550.

91) Für Oeſterreich: Barth=Barthenheim a. a. O. S. 542 flg., für das Großh. Heſſen: Schumann, Sammlung S. 246, für die Erzdiöceſe Köln: erzbiſch. Rundſchr. v. 12. Mai 1826, in der Sammlung der wichtigſten allgem. Verord. S. 20 u. a.

92) Eiſenſchmid, Geſch. der vornehmſten Kirchengebräuche der Proteſt. Leipzig 1795. Kapp, Grundſätze zur Bearbeitung evangel. Agenden mit geſchichtl. Berückſ. der früheren Agenden. Erl. 1831. Vetter, die Lehre vom

dienſt der evangeliſchen Kirche ſich nicht minder auf ſeiner eigenthümlichen Baſis entwickelt. Wie vieles auch in der erſten Zeit des Werdens und Geſtaltens namentlich in den Ländern der ſächſiſchen Reformation von den Gebräuchen der katholiſchen Kirche beibehalten wurde[93]), und wie ſehr auch noch ſpäter äußerlich die Reihenfolge der gottesdienſtlichen Handlungen an die Liturgie der letzteren erinnert: immer war es das Princip der Rechtfertigung durch den Glauben, welches auch hier ſeinen Einfluß theils umgeſtaltend, theils in neuen Bildungen bethätigte. Daher jene Verwerfung des Opferdienſtes, in dem die Gemeinde ſich nur paſſiv verhält, daher die Gemeinſchaftlichkeit im Geſange und das Zuſammenwirken mit dem Geiſtlichen in den Collecten und Reſponſionen, daher endlich die der Predigt, die ſowohl für den Glauben zu wirken, als um das gemeinſame religiöſe Bewußtſein zu bezeugen, beſtimmt iſt.

Die erſten liturgiſchen Anweiſungen gingen ſämmtlich von den Reformatoren aus, und verbreiteten ſich, wie z. B. Luthers Tauf- und Traubüchlein und deſſen formula missae (1523) nur über ſpecielle Theile des gottesdienſtlichen Lebens. Nur kurze Zeit darauf treffen wir auf Geſetzgebungen, welche, wie die Brandenburg-Nürnbergiſche von 1533 und Kirchenordnung des Herzog Heinrich von Sachſen (1539), ſich über das ganze Gebiet der Liturgie verbreiten; doch iſt weder in dieſer, noch in den gleichzeitigen Privatſchriften, z. B. dem „Agendbüchlein" des Veit Dietrich u. a., das liturgiſche Element ausgeſchieden, ſondern ſie erſtrecken ſich gleichmäßig auch über die ſpecielle Seelſorge[94]). Noch unbeſtimmter iſt das Verhältniß in den ſpäteren Kirchenordnungen, die unter dem Namen der Agenda einen eigenen Abſchnitt darbieten, der, gegenüber dem Catechismus oder den Credendis, nicht nur die Normen für den Cultus, ſondern auch Verfügungen über die verſchiedenſten äußeren Rechtsverhältniſſe der Kirche, die Viſitationen, die Stellung der Superintendenten und der Conſiſtorien, die Beſetzung der Kirchenämter, die Immunitäten der Kirchendiener und Verwaltung des Kirchengutes u. ſ. w. enthält. Erſt ſeit dem achtzehnten Jahrhundert findet ſich eine ſtrengere Sonderung, mit der dann der Name „Agende" für die liturgiſchen Formulare ausſchließlich üblich geworden iſt.

In Beziehung auf

II. **das Recht, die Liturgie zu beſtimmen,**

kann, ſo viel den allgemeinen Grundſatz anlangt, hier auf den Artikel **Evangeliſche Kirchenverfaſſung** verwieſen werden. Bekanntlich

---

chriſtl. Cultus nach den Grundſ. der evang. K. Berlin 1839. **Klöpper**, Liturgik. Leipz. 1841.

93) **Kapp** a. a. O. S. 73 flg.

94) Wie die verſchiedenen Cultusgeſetzgebungen der einzelnen Länder in gegenſeitiger Beziehung und Wechſelwirkung ſtehen, iſt noch nicht vollſtändig erörtert. Einen Verſuch, dieſelben zu gruppiren, gibt **Kapp** a. a. O. S. 164 flg. Ueber die Anſchauungen Luthers: **Funk**, Geiſt und Form des von Luther angeordneten Cultus. Berlin 1818. Eine Zuſammenſtellung und eine Anzahl älterer Kirchenordnungen enthält (**deſſ.**) die Kirchenordn. der evang.-luth. Kirche in ihren erſten Jahrh. Berlin 1824.

iſt daſſelbe in der neueren Zeit, gelegentlich der preußiſchen Agende, Gegenſtand lebhafter Verhandlungen geweſen, die denn, je nach den von den Sprechern gewählten Standpunkten, die allerverſchiedenſten Reſultate geliefert haben [95]). Wie aber auch hier die Anſichten ſich kreuzen mögen, es kann nicht zweifelhaft ſein, das richtig verſtandene Princip der Kirche wehrt jener alles Gemeinleben vernichtenden Lehre, die das Recht der Liturgie ausſchließlich dem Regenten übereignet, ohne der Kirche irgend welche Theilnahme zuzugeſtehen. Daß das Regiment im Gebiete des Glaubens einſeitig geſetzgeberiſch thätig werden könne, wird Niemand, der der evangeliſchen Kirche wirklich angehört, behaupten. Iſt aber dieſes der Fall, wie ſoll bei einer Geſetzgebung über den Cultus, der ſchlechthin nur der lebendige Ausdruck des gemeinſamen Glaubens ſein ſoll, ein anderes möglich ſein? In der That wird dieſe nur da ihre Gewähr haben, wo ſie nicht einſeitig, und wenn dieſes auch noch ſo gründlich durch das Lehramt berathen wäre, von dem Regiment angeordnet, ſondern unter Zuſtimmung der Kirche in das Leben getreten iſt. Und für dieſen Satz ſpricht auch das Princip des Cultus, das Princip der Gemeinſchaftlichkeit, des freien Zuſammenwirkens im Glauben und der Liebe, welches, um ſich zu bethätigen, mit Nothwendigkeit das ungetrübteſte Vertrauen vorausſetzt. Darum fordern wir alſo für jede neue Agende die Zuſtimmung der Kirche, indem wir uns rückſichtlich der Form, innerhalb deren dieſe hervortreten ſoll, auf die in dem angeführten Artikel gegebene Darſtellung zurückbeziehen. Wenn aber jener Conſens der Kirche vorliegt, ſo fragt es ſich noch weiter, wie zu verfahren ſei, wenn einzelne Gemeinden die Annahme verweigern. Auch in dieſem Falle iſt eben um der Bedeutung des Cultus willen jeder Zwang unzuläſſig, ſondern hier kann nur durch Belehrung in chriſtlicher Liebe gewirkt werden. Ueberhaupt iſt hierbei nicht außer Acht zu laſſen, daß, abgeſehen von den in der Schrift ſelbſt geordneten Handlungen, die evangeliſche Kirche nicht in der Einheit der Formen ihr Weſen zu ſuchen hat.

III. Einzelne Theile des Gottesdienſtes.

Der Mittelpunkt des Gottesdienſtes ſollte, ſeiner ganzen Beſtimmung nach, die Abendmahlsfeier (ſ. d. Art. Sacramente) bilden, in der die Gemeinſchaftlichkeit des chriſtlichen Lebens ihr Ziel und ihren Gipfel hat [96]). Der jetzige Cultus der evangeliſchen Kirche hat aber allgemein nicht darauf Anſpruch, dieſe Forderung zu befriedigen, da in

95) Pacificus Sincerus (Schleiermacher), das liturg. Recht evang. Landesfürſten. Gött. 1824. Auguſti, Erklärung über das Majeſtätsrecht in kirchl. Dingen. Frankf. 1824. Deſſen Nachtrag zu der Schrift: Nähere Erklärung u. ſ. w. Bonn 1827. Marheineke, über die wahre Stelle des liturg. Rechtes. Berl. 1825. v. Ammon, die Einführung der Berliner Agende. Dresd. 1825. Schmidt, de iure liturgico principis evangelici. Lips. 1826., teutſch daſ. 1833. Ueber das Majeſtätsrecht in kirchl. beſ. liturg. Dingen. Braunſchw. 1827. Falck, Actenſtücke betr. die preuß. Agende. Kiel 1827.

96) Höfling, von der Compoſition der chriſtlichen Gemeindegottesdienſte, oder von den zuſammengeſetzten Acten der Communion. Erl. 1837.

den meiſten Kirchen die Communion im engeren Sinne nur zu beſtimmten Zeiten ſtattfindet. So iſt es geſchehen, daß die Predigt das Centrum jedes Gottesdienſtes bildet, um das ſich die übrigen Theile, die Gebete und Geſänge, bewegen. Nach der Natur der Sache gehört dieſelbe in den Kreis der pfarramtlichen Thätigkeit; doch laſſen die Kirchengeſetze überall auch geprüfte Candidaten und mit Erlaubniß der Superintendenten auch Studirende der Theologie zur Kanzel zu. Die Grundlage der Predigt bilden bald die aus dem katholiſchen Cultus beibehaltenen Perikopen[97]), beſtimmte Schriftabſchnitte, die, auf das Kirchenjahr vertheilt, bei dem Gottesdienſte verleſen werden, bald beſonders von der oberen Behörde vorgezeichnete Texte, bald endlich iſt dieſelbe der Auswahl des Predigers anheimgeſtellt. Aber auch wo dieſes letztere nicht der Fall iſt, fordert es die Beſtimmung der Predigt, welche das Schriftwort mit den Zuſtänden und Bedürfniſſen des Gemeindelebens zu vermitteln hat, daß bei individuellen Anläſſen dem Geiſtlichen die Wahl eines paſſenderen Textes frei bleibe. Rückſichtlich des Verhaltens der Predigt gegenüber den anderen Confeſſionen müſſen die bereits früher dargeſtellten Grundſätze[98]) gelten, ein Satz, den freilich die intolerante Geſinnung einer vergangenen Zeit anzuerkennen verweigerte, und in gleicher Weiſe muß auch für die evangeliſche Predigt gelten, was von der Unzuläſſigkeit des ſogenannten Perſonalelenchus oben geſagt iſt. Zwar hat es eine Zeit gegeben, in der die entgegengeſetzte Anſicht von einer großen Anzahl evangeliſcher Geiſtlicher behauptet wurde. Indeſſen war dieſes doch nur ein Zeichen, daß man ſich die Bedeutung der Kirchenzucht überhaupt nicht zum Bewußtſein gebracht hatte. Dieſe fordert, wie ſchon an einem anderen Orte auseinandergeſetzt wurde, ſchlechthin das Zuſammenwirken des Geiſtlichen und der Gemeinde; ſie verliert ihren Sinn und ihre Wirkung, wenn ſie in ein Gericht des ſtrafenden Prieſters umſchlägt[99]). Wirklich haben auch zuweilen die Kirchenordnungen ſchon im ſechzehnten Jahrhunderte hier beſchränkende Verfügungen getroffen[100]), wenn ſchon nicht geſagt werden ſoll, daß dieſen mehr als die Rückſicht auf Erhaltung des äußeren Friedens, ein tieferes Erkenntniß des evangeliſchen Principes unterliege. Noch viel mehr unzuläſſig iſt es, daß der Geiſtliche auch das Verhalten der Obrigkeit zum Gegenſtande einer Rüge mache, was von den Geiſtlichen der lutheriſchen Kirche früher geübt, und als im Bereiche der Kirche liegend vertheidigt wurde[101]). Dieſes war der Ausfluß jener Richtung nach der Hierarchie, die eine Zeit lang ſich des lutheriſchen Clerus bemächtigt hatte, jener Tendenz

---

97) Auguſti, Denkwürdigk. Bd. 6, S. 196 flg.

98) Vgl. die Mittheilungen über die ſächſ. Geſetzgebung bei Weber, ſächſ. Kirchenr. Bd. 2, S. 99 flg. Preuß. allg. Landr. II. 11. §. 38.

99) Sächſ. Generalart. v. 1580, in dem Codex des ſächſ. Kirchenrechtes (Leipz. 1840), S. 19 flg. — Preuß. allg. Landr. II. 11. §. 83—85.

100) Puchta, Recht der Kirche (Leipz. 1840), S. 144.

101) Gerhard, loci theol. Loc. XXIV. cap. VI. sect. 2. §. 287. ed. Cotta.

der Carpzove u. a., die als ihren Gegenſatz das die Kirche negirende Territorialſyſtem hervortrieb.

In Beziehung auf die einzelnen bei dem Gottesdienſte üblichen Gebete, von denen das Hauptgebet nach der Predigt immer auch die Fürbitte für den Landesherrn enthält, und den gemeinſchaftlichen Geſang dürfen wir hier auf die liturgiſche Literatur verweiſen; von dem rechtlichen Standpunkte aus reicht es hin zu bemerken, daß der Geiſtliche nicht berechtigt iſt, eigenmächtig von den in der Agende enthaltenen Formularen abzuweichen. Bekanntmachungen weltlicher Natur, wie ſie ſonſt öfters dem allgemeinen Gebete nach der Predigt ſich anzuſchließen pflegten, ſind mit Recht durch neuere Geſetzgebungen unterſagt worden.

Endlich ſind auch in der evangeliſchen Kirche als Theil des Gottesdienſtes die Katechiſationen üblich, bei denen zu erſcheinen die Geſetze gewöhnlich die jüngeren, ſeltener auch die erwachſenen, Gemeindeglieder verpflichten [102]).

IV. Von der Verpflichtung zur Theilnahme an dem Gottesdienſte.

Die Kirchengeſetze bringen den Kirchengliedern ihre Verpflichtung, der Theilnahme an dem gemeinſamen Gottesdienſte ſich nicht zu entſchlagen, oft und nachdrücklich in Erinnerung. Hierbei ſetzen ſie oft auch eine Strafe für das Verſäumniß feſt [103]), und namentlich bedrohen ſie die fortgeſetzte Enthaltung vom Abendmahl, von der bei dieſem letzteren noch beſonders geſprochen werden wird, mit der Entziehung des kirchlichen Begräbniſſes. Hiervon iſt es aber ſchon längſt, und zwar mit Recht abgekommen, weil die evangeliſche Kirche jede Theilnahme an der gottesdienſtlichen Gemeinſchaft verſchmähen muß, die nicht aus freiem Entſchluſſe hervorgeht. Deßhalb iſt es jetzt die Sache der Privatſeelſorge, auf läſſige Gemeindeglieder einzuwirken, nur dieſes ſollte, ſo viel das äußere Recht anlangt, die Regel ſein, daß wer ſich der Gemeinſchaft der Kirche entzieht, auch des Stimmrechts in kirchlichen Gemeindeangelegenheiten verluſtig erachtet werden ſollte.

Eine ſehr wichtige, hier einſchlagende Frage iſt ſchließlich dieſe, in wiefern den Gemeindegliedern das Recht zuſtehe, ſich zu gottesdienſtlichen Privatverſammlungen zu vereinigen [104]). Ueber dieſe ſich auszuſprechen boten den Geſetzgebungen die durch Spener eingeführten „collegia pietatis,“ ſpäter die ſogenannten Conventikel Veranlaſſung. In der That ſind die Entſcheidungen höchſt verſchieden; aber wer da ſich erinnert, daß das allgemeine Prieſterthum ein Grundprincip der Kirche iſt, der muß mit Nothwendigkeit zugeſtehen, es ſei ein Recht der Gemeindeglieder, auch außerhalb des gemeinſamen Gottesdienſtes in gemeinſchaftlichen An-

---

102) Vgl. z. B. Weber, ſächſ. Kirchenr. Bd. 2, S. 101 flg.

103) S. z. B. Weber a. a. O. Bd. 2, S. 43.

104) Amtl. Gutachten über die Rechtmäßigkeit und Rathſamkeit frommer Privatgemeinſchaften und Zuſammenkünfte innerhalb der prot. K. (v. Hupfeld) bei Rheinwald, acta hist.-eccl. 1835. p. 453 sq. — Treffliche Grundſätze entfaltet das württemb. Generalreſcr. v. 10. Oct. 1743, daſ. S. 511 flg.

bachtsübungen ihrem religiöſen Gefühle Nahrung zu verſchaffen. Nur muß hierbei vorausgeſetzt werden, daß Vereinigungen dieſer Art ſich nicht in das Geheimniß zurückziehen, ſondern daß der Geiſtliche, wie die Obrigkeit darum wiſſe, und beiden der Zutritt nicht verweigert werde. Auf der anderen Seite iſt aber auch das Kirchenregiment unbedingt berechtigt, in Zeiten ſeparatiſtiſcher Aufregung Privatvereinigungen ſolcher Art zu unterſagen. Richter.

Gottesläſterung, Störung des Gottesdienſtes[1]). Unter Gottesläſterung (blasphemia im prägnanten Sinne) verſteht man im gemeinen teutſchen Criminalrechte den abſichtlichen und zum öffentlichen Aergerniß gereichenden Ausdruck der Geringſchätzung eines der Gegenſtände chriſtlich-religiöſer Verehrung. Der Geſichtspunkt für die legislative und dogmatiſche Auffaſſung dieſes Verbrechens hat unter dem Einfluſſe der Religion und der ſteigenden Aufklärung mehrfach gewechſelt. Das römiſche Recht bezeichnet als Motiv ſeiner harten Straffanction die Befürchtung, daß der Zorn der Gottheit wegen der Läſterung Landplagen verhängen werde[2]), und das ältere teutſche Recht theilt dieſe Anſicht[3]). In dem letzteren tritt aber daneben und zum Theil ſogar ausſchließlich[4]) die Beziehung auf eine Beleidigung der Gottheit hervor, und dieſer Geſichtspunkt iſt bis in das vorige Jahrh. der vorherrſchende geweſen. Reinere Begriffe von dem Verhältniſſe des Menſchen zu dem göttlichen Weſen ließen denſelben wieder verlaſſen und man erklärte nunmehr, namentlich von der Anſicht ausgehend, daß jedes Vergehen eine Rechtsverletzung involviren müſſe, die Gottesläſterung für eine Injurie gegen die kirchliche Geſellſchaft[5]), oder mit noch eigenthümlicherer Wendung für eine iniuria ratione cultus divini alicui illata[6]). In der neueſten Zeit hat man in Geſetzgebung und Wiſſenſchaft anerkannt, daß der Grund der Straf-

1) Die Literatur hinſ. beider Verbrechen ſ. bei Kappler, Lit. des Criminalrechtes §. 191, 192, wo nur hinſ. des erſteren hinzuzufügen iſt, von Aelteren: **P. F. Romanus, D. de blasphemia. Lips. 1670. A. Bdct. Carpzov, D. de blasphemia, ib. 1678.** (letzterer beſ. auf ſächſiſches Recht bezüglich), und von Neueren: Lauk, im Archive des Criminalr. VIII. 4. v. Preuſchen, ebend., neue Folge 1841, 11.

2) *Διὰ γὰρ τοιαῦτα πλημμελήμματα καὶ λιμοὶ καὶ σεισμοὶ καὶ λοιμοὶ γίνονται.* Nov. 77. cap. 1. §. 1.

3) vnnd itzt bey unſern Zeiten, als offenbahr iſt, dergleichen viel vnd mancherley Plagen vnd Straff gefolgt — aus dem Wir die Straff Gottes billich bedenken (königl. Satzung von Gottesläſterern v. 1495), darburch Gott nicht allein gegen den Uebelthätern, ſondern auch den Oberkeiten, die ſolches zu wehren ſchuldig ſeynd, und gedulten, zu den Werken des Zorns und erſchröcklicher zeitlicher und ewiger Straff bewegt wird. R. P. O. v. 1530 Tit. I, §. 1 und v. 1548 Tit. I, §. 1.

4) Reichsabſchied v. 1512 Tit. 4.

5) Vorzüglich Feuerbach, Lehrb. §. 303, und Grolman, Grundſätze §. 308.

6) So Stübel in der **Diss. inaug. quatenus actiones religioni non convenienter ex principiis iuris publici universalis poenis criminalibus coërceri possint? (Vitemb. 1791.) p. 28.**

barkeit der Gotteslästerung in der Nothwendigkeit liege, die ſittlich-religiöſen Grundlagen des Staates nicht ungeſtraft dem öffentlichen Ausdrucke der Verachtung Preis geben zu laſſen[7]).

Auch auf die Feſtſtellung des Thatbeſtandes haben dieſe wechſelnden Meinungen von dem Grunde der Strafbarkeit Einfluß gehabt. Das römiſche Recht begnügt ſich faſt mit dem bloßen Worte der blasphemia, im canoniſchen Rechte[8]) iſt wenigſtens ein publice hinzugefügt; die C. C. C.[9]) wird genauer und hat durch ihre Diſtinction: ſo eyner Gott zumiſt, das gott nit bequem iſt, oder mit ſeinen worten gott, das im zuſteht, abſchneidet, ſchon Veranlaſſung zu einer unnützen Eintheilung der blasphemia in attributiva und derogatoria gegeben; ſehr ausführlich ſind die oben angeführten Reichsgeſetze, die neueren Geſetzgebungen (vielleicht mit alleiniger Ausnahme der ſardiniſchen[10])) geben ſtatt der einzelnen Fälle vielmehr blos die leitenden Grundſätze an. Gemeinrechtlich ſcheinen zwei Punkte vorzugsweiſe im Auge behalten werden zu müſſen: die durch die gegenwärtige Stellung der Kirchen in Teutſchland zu einander bedingte Beſchränkung der in den, zum Theil vor Anerkennung der Proteſtanten erlaſſenen, Reichsgeſetzen enthaltenen Beſtimmungen[11]), und die nothwendige Rückſicht auf öffentliches, durch die Gotteslästerung gegebenes Aergerniß[12]). Daß die Unterlaſſung einer bloßen Ceremonie nicht hierher zu rechnen ſei, iſt anerkannt[13]); ob man hiernach noch zwiſchen Blasphemie im weiteren Sinne und Gotteslästerung unterſcheiden will, ſo daß unter jener jede doloſe Schmähung von Gegenſtänden religiöſer Verehrung, unter dieſer nur eine gleiche Handlung in Bezug auf das höchſte Weſen verſtanden werde, kann man bei der Darſtellung des gemeinen Rechtes der Wiſſenſchaft überlaſſen; legislativ-politiſch und im Sinne der meiſten neueren Geſetzgebungen wird es ſich nicht rechtfertigen laſſen, ſo lange das Ermeſſen des Richters hier in Beſtimmung der Strafe nicht beſchränkt wird.

Das römiſche Recht ſtrafte die Gotteslästerung mit dem Tode, das

---

7) Man kann hinſ. dieſes Geſichtspunktes wohl ziemlich allgemein Uebereinſtimmung annehmen, wenn gleich innerhalb deſſelben noch immer differente Anſichten ſich darlegen. So bekämpft noch v. Preuſchen a. a. O. Lauk's und Mittermaier's Anſicht, ohne doch zu einem anderen Reſultate zu kommen.

8) Cap. 2. X. de maledicis.

9) Art. 106.

10) Siehe bei Mittermaier zu Feuerbach S. 427, 13. Ausg.

11) S. Feuerbach §. 304, Note d.

12) S. Marezoll, Lehrb. S. 471, Note 1. Dieſelbe ſcheint ſehr verkannt zu ſein in den beiden, in Demme's Annalen Bd. 3, S. 102 und Bd. 5, S. 279 mitgetheilten Entſcheidungen ſächſiſcher Gerichtshöfe aus ziemlich neuer Zeit, während z. B. in einem ſchon von Hitzig (Zeitſchr. Bd. 20, S. 145) veröffentlichten Falle eine von einem Juden gegen zwei Chriſtinnen auf dem Boden ſeines Hauſes ausgeſtoßene Schmähreде gegen die Perſon Chriſti nicht für eine öffentliche erachtet ward.

13) Martin, Lehrb. §. 271, Nr. 10. Abegg, Lehrb. S. 708.

canoniſche mit Geldbuße[14]) bis zu 40 solidi (neben der kirchlichen Strafe). Die Reichsgeſetze erkennen verſchiedene Gradationen an, deren höchſte, Todesſtrafe, die übrigen verſchiedene, dem richterlichen Ermeſſen überlaſſene Leibesſtrafen ſind, womit Infamie coincidirt. Auch die Nichtanzeige des Verbrechens iſt nach ihnen ſtrafbar[15]). Die teutſchen Particulargeſetzgebungen haben meiſt Gefängnißſtrafe höchſtens bis zu 2 Jahren.

Verſchieden von der Gottesläſterung kann auch eine wirkliche Injurie gegen die Kirche als eine Geſellſchaft vorkommen[16]).

Störung des Gottesdienſtes[17]) iſt die durch widerrechtliches und abſichtliches Verhalten herbeigeführte Hinderung oder Unterbrechung einer öffentlichen Handlung des chriſtlichen Gottesdienſtes. Im ſchwerſten Falle, dem der gewaltthätigen Verhinderung des Geiſtlichen in ſeinen Amtsverrichtungen, drohte das röm. Recht Todesſtrafe[18]); die gemeinrechtliche Praxis hat auch für dieſen, wie das röm. Recht ſchon für die anderen Fälle, arbiträre, meiſt Freiheitsſtrafe eingeführt, und die neueren Geſetzgebungen der einzelnen teutſchen Territorien gehen gleichfalls bis zu mehrjähriger Freiheits= (und zwar meiſt Arbeitshaus=) ſtrafe, wobei ſie noch zwiſchen den nächſten Objecten des Verbrechens, jedoch mehr den Worten, als den Strafbeſtimmungen nach, zu diſtinguiren pflegen.

H. Schletter.

Grenze (Gränze), Schnede, Achte, Mark, Untermark, Laag, eigentlich das Ende einer Sache, daher lateiniſch finis[1]) (im mittelalterlichen Latein grenicia), dann der Punkt oder die Punkte, wo die Enden mehrer Gegenſtände an einander ſtoßen. Und da mehrere Punkte eine Linie bilden, ſelten aber eine Grenze nur an Einem Punkte vorhanden iſt, in der Regel auch der Ausdruck von unbeweglichen Gegenſtänden gebraucht wird; ſo verſteht man darunter gewöhnlich die Linie, in welcher neben einander liegende Grundſtücken an einander ſtoßen[2]) — Grenzlinie, Grenzzug. So im gegenwärtigen Artikel, worin der figürliche Gebrauch des Wortes Grenze in der juriſtiſchen Sprache, namentlich bei der Lehre vom Auftrag, als Grenzen der Com=

---

14) Auch noch das franz. Geſetz v. 17. Mai 1819 hat Geldſtrafe von 16—500 Francs für tout outrage à la morale publique et réligieuse.

15) S. beſ. R. P. O. v. 1548 Tit. I, §. 8.

16) Abegg S. 708. Feuerbach §. 308.

17) Vgl. Bülow u. Hagemann, pract. Erört. Bd. 1, S. 73 und Abegg in Schunck's Jahrbüchern Bd. 21, S. 294, der namentlich gegen Ausdehnung dieſes Verbrechens auf in der Kirche, aber vor der Verſammlung der Gemeinde, oder doch vor dem rituellen Anfange des Gottesdienſtes vorgefallene Störungen warnt.

18) L. 10. C. de episc. et cler. (1. 3.) — Nov. 123. cap. 31.

1) v. Pölitz (praes. Thomae), discursus iuridicus de finibus. Jenae 1651. Fiſcher, Cameral= und Polizeirecht Bd. 2, §. 911 flg.

2) Adelung, Wörterbuch der hochteutſchen Mundart u. d. W. Gränze. F. A. Weiske, Handbuch des Landwirthſchaftsrechtes §. 119, 120.

miſſion (ſ. u. Commiſſion 2. Bd. S. 704), der Vollmacht, der Staats- [3]) und der teutſchen Bundesgewalt [4]) u. ſ. w., auf die diesfallſigen Artikel hiermit verwieſen und der Gebrauch des Wortes Grenze in der Bedeutung von Grenzzeichen [5]) (ſ. w. u.) nur der Vollſtändigkeit halber erwähnt wird. Die Linie, in welcher gewiſſe Grundſtücke an einander ſtoßen, braucht aber nicht eine körperliche Linie zu ſein, durch welche die Trennung eines von dem anderen erfolgt; ſie iſt an ſich eine unkörperliche, eine blos mathematiſche Linie [6]). Oft wird ſie hingegen zu einer körperlichen dadurch, daß ein körperlicher, von einem Orte zum anderen ſich hin erſtreckender Gegenſtand, z. B. eine Mauer, ein Fluß u. ſ. w., mit der Grenzlinie in gleicher Richtung und ſo hinläuft, daß ſeine Mitte die Grenzlinie beider Nachbargrundſtücke aufnimmt, daß dieſer Gegenſtand ſelbſt die Grenze bildet. So war es das Areal von 5 Fuß, welches nach dem älteren römiſchen Rechte zwiſchen den Aeckern verſchiedener Eigenthümer unbebaut liegen bleiben ſollte [7]). Der Ort, auf welchem ſich die Grenze, körperlich oder unkörperlich, befindet, heißt die Grenzſcheide, Grenzſcheidung [8]). Da die ſcharfe Begrenzung des Rechtes jedes Berechtigten zur Erhaltung des Rechtszuſtandes im Staate unumgänglich nöthig iſt, ſo gehört die genaue Bezeichnung der Punkte an Grundſtücken, bis wie weit einem oder dem Anderen ein Recht daran zuſteht, zu den vorzüglichſten Mitteln der Erhaltung des Rechtszuſtandes bei Grundſtücken. Haben die beiden an einander ſtoßenden Grundſtücke einen und denſelben Eigenthümer, ſo liegt es in der Natur des Eigenthumsrechtes, daß derſelbe, ohne daß ihn Jemand, der nicht ein anderes dingliches Recht auf den Grundſtücken hat, daran hindern kann, die Grenzen dieſer ſeiner Grundſtücke mit gewiſſen Grenzzeichen zu bemerken, ſein Eigenthum einzufaſſen befugt iſt [9]). Dahingegen darf er zwiſchen ſeine und ſeiner Nachbarn Grundſtücke Grenzzeichen, die alſo auf der Grenzlinie ſelbſt ſtehen, da dieſe ihm und den Nachbaren gemeinſchaftlich gehört, ohne der Erſteren Zuſtimmung nicht ſetzen. Wohl aber kann er ſein Eigenthum einfaſſen, wenn er mit dem Einfaſſungsmittel auf ſeinem eigenen Grundſtücke bleibt und da, wo nach den Landesgeſetzen eine gewiſſe Entfernung ſolcher Einfaſſungsmittel von der Grenze vorgeſchrieben iſt, dieſe Entfernung einhält. Dann aber bezeichnet auch das Einfaſſungsmittel die Grenze nicht, iſt nicht ein eigentliches Grenzzeichen, iſt nicht die Grenze. Da das Eigenthum nicht das einzige Realrecht an Grundſtücken iſt, ſo laſſen ſich, außer den, allerdings die

---

3) Maurenbrecher, Grundſätze des teutſchen Staatsrechtes §. 39.
4) Ebendaſelbſt §. 113.
5) Adelung a. a. O. Hagemann, Landwirthſchaftsrecht §. 161. Glück, Pandektencommentar Th. 10, §. 717, S. 433.
6) Weiske a. a. O. §. 120, S. 116.
7) L. 13. D. fin. regund. (10. 1.) L. 5. C. eod. (3. 39.)
8) Adelung a. a. O., wo mit Recht dieſer letzte Ausdruck auch von der Grenzberichtigung (ſ. w. u.) gebraucht wird.
9) Hagemann a. a. O. §. 162. Strube, rechtliche Bedenken, Spangenberg'ſche Ausgabe, Bed. 195. (I, 178.)

Hauptgattung der Grenzen ausmachenden Eigenthumsgrenzen, noch manche anderen Grenzen in Beziehung auf Grundſtücke denken, und zu deren Bezeichnung werden gleichfalls die Grenzzeichen oft gebraucht[10]). So haben ſchon die verſchiedenen Grundſtücksarten, Wieſen, Felder, Wälder, inſonderheit aber Gärten und Höfe — letztere beiden gewöhnlich durch Mauern, Zäune, Stackete — ihre bezeichneten Grenzen. Oft ſind bei Servituten, z. B. Hut- und Weide-, Jagdgerechtigkeit u. ſ. w. — Hutſäulen, Jagdſäulen — die Grenzen bezeichnet; man findet da, wo noch Frohne exiſtirt, die Stücken durch Steine u. ſ. w. abgetheilt, bis wie weit die Fröhner ihr Frohnen, Ackern, Mähen u. ſ. w. zu verrichten haben — Theilſteine u. ſ. w.

Der Zweck der Bezeichnung der Grenze durch gewiſſe Grenzzeichen, der Annahme gewiſſer auf der Grenzſcheide befindlichen Gegenſtände als Grenzzeichen, als Grenze im rechtlichen Sinne mit den rechtlichen Effecten der Grenze, iſt nach Obigem die Sicherſtellung der Verhältniſſe derjenigen Perſonen gegen einander, welchen gewiſſe Rechte bis zur Grenze zuſtehen, der Grenznachbaren, Adjacenten (confines)[11]), in wie weit dieſe Rechte von der Grenze abhängen, der Nachbarrechte[12]) in dem angegebenen Sinne[13]). Das römiſche Recht, mit welchem im Principe ſelbſt einige Landesgeſetze[14]) übereinſtimmen, behält das Eigenthum an den auf einem Grundſtücke ſtehenden Bäumen dem Grundſtückseigenthümer ganz vor und geſtattet nur dem Nachbar, auf deſſen Grundſtück der Baum übergeht, ſich dagegen durch Klagen dahin, daß die in das Nachbargrundſtück übergehenden Wurzeln[15]), ingleichen die herüberhängenden Zweige auf 15 Fuß hoch[16]), abgehauen werden, und daß der Eigenthümer die auf des Nachbars Grundſtück gefallenen Früchte an jedem dritten Tage aufleſe[17]). Anders die teutſchen Geſetze. Aus Zuſammenſtellung zweier ſächſiſchen Geſetze ſammt der Gloſſe dazu[18]) hat ſich überall, wo ſächſiſches Recht gilt, das in dem teutſchen

---

10) Weiske a. a. O.

11) Adelung a. a. O. Weiske a. a. O. §. 130.

12) Koch, vom Nachbarrechte, vermehrt von Joh. Jodocus Beck. Nürnberg 1744. Proſch, die Rechte der Nachbarn, Schwerin 1826, und die in Mittermaier, Grundſ. des teutſchen Privatrechtes §. $\frac{163}{147}$ in den Noten, beſonders Note 6 genannten Schriftſteller.

13) Verſchieden von den Nachbarrechten, als Antheilen am Gemeinderechte, Mittermaier a. a. O. §. $\frac{134}{122}$. Runde, Grundſ. des teutſchen Privatrechtes §. 312.

14) Das preuß. Landrecht Th. 1, Tit. 9, §. 287 erlaubt zwar das eigenmächtige Abhacken der in den Nachbargarten überlaufenden Wurzeln, befiehlt aber die Abgabe des dießfallſigen Holzes an den Baumeigenthümer. Aehnlich das bayer'ſche Civilgeſetzbuch Art. 677.

15) L. 6. §. 2. D. arborum furtim caesarum. (47. 7.)

16) Tit. Dig. de arboribus caedendis. (43. 27.)

17) Tit. Dig. de glande legenda. (43. 28.)

18) Sächſiſches Landrecht Buch 2, Art. 52 und ſächſiſches Weichbild Art. 126. Vgl. Stryk, usus modernus pand. Lib. 43. Tit. 29. §. 1. Proſch a. a. O. S. 60.

Sprichworte: „Was in des Nachbars Garten fällt, das iſt ſein“[19]), ausgedrückte Princip feſtgeſtellt. Danach iſt jeder Grundſtücksbeſitzer Herr des Baumes, deſſen Stamm aus ſeinem Grunde hervorkommt, die auf des Nachbars Grundſtück hängenden Früchte und Aeſte aber kann dieſer abhauen und ſich ſo, oder wenn ſie abgefallen ſind, zueignen — Ueberhangs-, Ueberfallsrecht, Anriß[20]). Dieſer Grundſatz iſt theils in andere teutſche Rechte übergegangen, theils findet er ſich in ſolchen ſelbſt urſprünglich[21]), ſo daß man ihn häufig als gemeines teutſches Recht annimmt[22]). Nach der richtigeren Meinung muß, wo ſeine Giltigkeit nicht nachgewieſen werden kann, die Giltigkeit der römiſchen Rechtsgrundſätze präſumirt werden[23]). Wo aber auch der erwähnte teutſchrechtliche Grundſatz gilt, iſt er doch auf Gemeinden nicht anwendbar, rückſichtlich der auf die Gemeindegrundſtücke überhängenden Nachbarbäume[24]). Auch gehört der auf der Grenze ſelbſt ſtehende Baum, ſowohl nach römiſchem als teutſchem Rechte, beiden Nachbarn gemeinſchaftlich[25]). (Ueber das Nachbarrecht[26]) (jus vicinitatis) in Bezug auf Gebäude und namentlich beim Bauen, vergl. Bd. 4 S. 453 flg. u. d. W. Gebäude.)

Der Zweck der Erhaltung des Rechtszuſtandes im Staate durch gehörige Abgrenzung der Beſitzungen begründet das vom Nachbarrechte verſchiedene Grenzrecht[27]). Das Grenzrecht in der vorliegenden Bedeutung[28]) beſteht ſubjectiv, inwiefern die Rede von dem Beſitzer des begrenzten Gegenſtandes iſt, in dem Rechte, jeder Benachtheiligung der Grenze entgegenzutreten und die richtige Grenze aufrecht zu erhalten[29]), inwiefern es ſich um die treffende Staatsbehörde handelt, in dem Rechte ſelbſt oder durch Unterbehörden die Grenzen ſowohl der Beſitzungen des Staates, als der der Einzelnen und ihrer Corporationen im Staate zu

---

19) Eiſenhart, Grundſätze der teutſchen Rechte in Sprichwörtern S. 230 (214).

20) Proſch a. a. O. S. 57 flg., beſonders S. 58.

21) Ebendaſ. S. 60 flg.

22) Runde a. a. O. §. 276.

23) Danz, Handbuch zu Runde's Grundſ. §. 284b. Mittermaier a. a. O. §. $\frac{165}{147}$.

24) Proſch a. a. O. S. 75 flg. Mittermaier a. a. O.

25) L. 19. pr. D. communi divid. (10. 3.) Weiske a. a. O. §. 82 u. 83. Krause, de iure in arbores vicini in nostrum prominentes aerem. Viteb. 1765.

26) Die neueſte Schrift über preußiſches Particularrecht in dieſer Beziehung iſt Grein, die Rechtsverhältniſſe der Nachbarn in Bauangelegenheiten. Berlin 1842.

27) Dassov, de iure finium. Vit. 1676. Link, de iuribus finium. Jenae 1677. v. Rotermundt (praes. Gerdes), disp. de iure finium. Gryphisw. 1683. Oettinger, de iure et controv. limitum. Augsb. 1689. Joh. Jodocus Beck, vollſtändiges Recht der Grenzen und Markſteine, 4. Ausg. Nürnberg 1754. (Nürnberg u. Frankfurt 1722.) Stier, de iure et controversiis limitum.

28) Nicht das mit Gaſtgericht, Gaſtrecht, gleichbedeutende Grenzrecht.

29) Weiske a. a. O. §. 132.

bewahren, zu unterſuchen und zu beſtimmen[30]), endlich objectiv in dem Complexe der diesfallſigen rechtlichen Principien des geſchriebenen und ungeſchriebenen Rechtes. Das Grenzrecht wird gewahrt a. vom Privatbeſitzer durch Grenzanlegung, Grenzbeziehung und Grenzregulirung auf eigenen Grundſtücken ohne weiteres, hingegen auf mit einem Grenznachbar gemeinſchaftlicher Grenze durch dieſelben Mittel nach vorausgegangener Vereinigung und gemeinſchaftlich mit ihm, außerdem durch Anrufung der Obrigkeit; b. von den Staatsbehörden rückſichtlich des Staatseigenthums durch jene Mittel, jedoch wenn der Grenznachbar nicht eine Privatperſon, ſondern ein auswärtiger Staat und mit dieſem eine Vereinigung nicht zu treffen iſt, durch die im Staats- und Völkerrechte diesfalls enthaltenen Beſtimmungen. Tritt hingegen die Staatsbehörde ohne eigenes Intereſſe ein; ſo liegt ihr, als Polizeibehörde, die Ueberwachung der Grenzen durch Grenzzüge u. ſ. w. ob. Als Richter hat ſie, nach den diesfallſigen proceſſualiſchen Vorſchriften, auf Anrufen einer Partei, oder Beider, wiewohl unter Mithülfe der angegebenen Mittel, zu verfahren. Man hat, um dieſe Verhältniſſe zu erläutern, die Grenzen in Landesgrenzen, innere Grenzen und in äußere und innere Grenzen, d. ſ. Grenzen der auf In- und Ausland ſich erſtreckenden Gerechtigkeiten, eingetheilt[31]). Beſſer möchte ſich die Sache in folgender Maße darſtellen laſſen.

Zu den Grenzen, welche nicht wegen des Eigenthums an Grund und Boden vorhanden ſind, wohl aber ſich auf einen Grundſtückscomplex beziehen (ſ. S. 882), gehören die Staatsgrenzen. Sie ſind die Hauptart der den Privatgrenzen, d. i. den Grenzen der Beſitzungen der Privatperſonen, entgegengeſetzten öffentlichen Grenzen, welche zur Abſonderung der Beſitzungen der Gemeinden und anderen Corporationen, der Fluren, Gerichtsbezirke, Provinzen, Territorien u. ſ. w. dienen[32]). Von allen dieſen, mit Ausſchluß der nachſtehend beſonders behandelten Staatsgrenze, wird das Nöthige gelegentlich bemerkt werden. Nur rückſichtlich der Gerichtsgrenze kann hier nicht unerwähnt bleiben, daß, im Falle der Begehung eines Verbrechens auf der Grenze das geſetzlichſte Auskunftsmittel unſtreitig die Verhandlung des Criminalproceſſes vor einem aus beiden Gerichten zuſammengeſetzten gemeinſchaftlichen Gerichte ſein würde. In der Regel werden auch die Landesgeſetze darüber, was in dieſem Falle zwiſchen Gerichten eines und deſſelben Territoriums ſtatt finden ſoll, hingegen die jetzt in Teutſchland ſo häufigen Conventionen der verſchiedenen Bundesſtaaten wegen Beförderung der Criminalgerichtspflege darüber, wie es in ſolchem Falle zwiſchen Gerichtsſtellen der verſchiedenen Territorien zu halten iſt, klare

---

30) Adelung a. a. O.

31) Seweloh, Grenzreviſion und Grenzregulirung. Fulda 1808.

32) Jac. Brunnemann, diss. de iure limitum provincialium. Hildebrand, de finium provincialium et publicorum visitatione. Alt. 1716. Menius, diss. de finibus territorii. Lips. 1740. Weiske a. a. O. §. 122. Glück a. a O. Th. 10, §. 720 u. 721, S. 457.

Maße geben. Wo aber dieſe particularrechtlichen Dispoſitionen fehlen und die beiden Gerichte zur Niederſetzung eines gemiſchten Gerichtes nicht zu bewegen ſind, da wird in der Regel das forum praeventionis bezüglich deprehensionis, zumal bei der in Teutſchland ſehr allgemein grundgeſetzlichen Verweigerung der Auslieferung der Verbrecher, den Vorzug geltend machen[33]). Die Staatsgrenze aber anlangend, läßt ſich kein Staat ohne die objective Baſis eines Landes denken, und das Staatsgebiet beſteht aus dem Landesbezirk, den die Geſammtheit der Staatsbürger bewohnt[34]), oder, anders ausgedrückt, aus demjenigen Theile der Erde, welcher der freien Wirkſamkeit des fraglichen Staats und ſeiner Gewalt — Staatsgewalt — unterworfen iſt[35]). Der teutſche Bund ſcheint hiervon eine Ausnahme zu machen, inwiefern er mit einem eigenen Staatsgebiete nicht verſehen iſt, vielmehr nach dem erſten Artikel der Bundesacte „die ſouveränen Fürſten und freien Städte Teutſchlands mit Einſchluß Ihrer Majeſtäten des Kaiſers von Oeſterreich und der Könige von Preußen, von Dänemark und der Niederlande, und zwar der Kaiſer von Oeſterreich und der König von Preußen, beide für ihre geſammten, vormals zum teutſchen Reiche gehörigen Beſitzungen, der König von Dänemark für Holſtein, der König der Niederlande für das Großherzogthum Luxemburg, ſich zu einem beſtändigen Bunde vereinigten, welcher der teutſche Bund heißen ſoll." Sonach kann man nur behaupten, daß die Staaten dieſer einzelnen Souveräns das Bundesgebiet ausmachen[36]). Es hat aber jeder einzelne Bundesſtaat ſeine Territorialgrenzen, welche durch Verträge mit den Nachbarſtaaten, Herkommen und Beſitz feſtgeſtellt zu ſein pflegen[37]). Dieſe Territorialgrenzen, ſo weit ſie mit dem Auslande, d. h. mit nicht am teutſchen Bunde betheiligten Staaten zuſammenſtoßen, bilden die Grenze des teutſchen Bundes — die Bundesgrenze. Ob jedoch gleich das Bundesgebiet in ſofern als ein geſchloſſenes Ganze in den teutſchen Grundgeſetzen dargeſtellt wird, in wiefern kein Theil deſſelben ohne Zuſtimmung des Bundes veräußert werden darf, und jede Verletzung der Grenzen eines Bundesſtaates als Verletzung des Gebietes des teutſchen Bundes ſelbſt angeſehen wird; ſo unterſcheidet ſich doch das teutſche Bundesgebiet dadurch von den Staatsgebieten der einzelnen Bundesſtaaten, daß ſeine Grenzen in einigen Theilen nicht mit den dort befindlichen Grenzen der geſchloſſenen Bundesſtaaten zuſammenfallen, ſondern mit den alten Grenzen des teutſchen Reiches, welches kein territorium clausum war[38]). Unter dieſem letzten

---

33) Vgl. Glück a. a. O. Th. 6, §. 517, S. 311 flg.

34) v. Aretin, Staatsrecht der conſtitutionellen Monarchie Bd. 1, Th. 1, I, §. 1, S. 141. Vgl. Schmalz, das teutſche Staatsrecht §. 7.

35) Maurenbrecher a. a. O. §. 59. Schmid, Lehrbuch des teutſchen Staatsrechtes §. 78, S. 129.

36) Klüber, öffentliches Recht des teutſchen Bundes §. 87. Maurenbrecher a. a. O. §. 102.

37) Klüber a. a. O. §. 92.

38) Maurenbrecher a. a. O. §. 102 verb. mit §. 64.

Ausdruck — geſchloſſenes Staatsgebiet im Gegenſatze von offenem Staatsgebiete (territorium non clausum)[39]) — verſteht man ein ſolches, worin der äußere Umfang der Wirkſamkeit der Staatsgewalt durch die Grenzen des Areals ſo beſtimmt iſt, daß Alles ihr unterliegt, was ſich innerhalb dieſer Grenzen des Areals befindet: Quicquid est in territorio, etiam est de territorio[40]). Die einzelnen teutſchen Bundesſtaaten ſind aber ſämmtlich territoria clausa[41]). Im Voraus muß hier bemerkt werden, daß es, nach den Anſichten beinahe aller teutſchen Publiciſten der verſchiedenſten Schulen[42]), keine natürliche Grenze des Staates im Sinne des Privatrechtes (ſ. w. u.) gibt. Wohl aber ſieht ein Theil der teutſchen Publiciſten, das weſentliche Kriterium der Nationalität in der Sprache findend und ſo für die Staaten Nationalgrenzen annehmend, dieſe, nicht aber Flüſſe, Berge u. ſ. w., als die natürlichen Staatsgrenzen an[43]). Die oben (S. 885) näher charakteriſirten Grenzen der einzelnen Bundesſtaaten ſind, eben nach dieſem Charakter, politiſche Grenzen. Sie ſind, in wiefern ſie auf poſitiven Beſtimmungen beruhen, entſtanden theils durch rechtliche Entſcheidungen, theils durch europäiſche Völker-, theils durch teutſche Bundesverträge, worunter in dieſer Beziehung die Wiener Congreßacte vom 9. Juni 1815 und der Frankfurter Territorialreceß vom 20. Juli 1820 beſonders zu bemerken ſind[44]), theils endlich durch Staatsverträge der einzelnen Bundesſtaaten unter einander. Zum Behufe der Letzteren und zu Berichtigung und Feſtſetzung dieſer Territorialgrenzen werden in der Regel von beiden Seiten Grenzcommiſſionen ernannt[45]), welche auch die Rechte der betheiligten Privatperſonen, namentlich der Adjacenten an der Landesgrenze, mit zu berückſichtigen und jene daher, ſo weit als nöthig, zuzuziehen haben. Führen ſolche Verhandlungen freilich nicht zum Zwecke, ſo bleibt nichts übrig, als die Vermittelung des Bundestages nachzuſuchen, nach deſſen fruchtloſem Bemühen die Sache an eine Austrägalinſtanz gelangen würde[46]). Zur Erhaltung der beſtehenden Grenzen und ihrer Rechte ſteht den einzelnen Territorialherren die Grenzpolizei zu[47]), ſo wie denn zur Aufſicht

---

39) Non clausum dicitur, ubi plures domini in certo districtu, ita iurisdictione territoriali gaudent, ut quilibet in suos homines, eorumque bona et res eandem privative exerceat; Mascov, principia iuris publici p. 386.

40) Maurenbrecher a. a. O. §. 59.

41) Maurenbrecher a. a. O. Note c.

42) Maurenbrecher a. a. O. beſonders Note d. Staatslexikon von Rotteck und Welcker Bd. 7, unter dem Worte: Grenze, S. 108.

43) Rotteck-Welcker a. a. O. S. 106 flg., beſonders 107 und 109. Vgl. Pölitz, Jahrbücher der Geſchichte und Staatskunſt, Juni 1836, S. 499 flg.: Ueber die ſo genannten natürlichen Grenzen der Staaten.

44) Maurenbrecher a. a. O. §. 137.

45) Klüber a. a. O. §. 92.

46) Klüber a. a. O. §. 216. Maurenbrecher a. a. O. §. 111 u. 118.

47) Maurenbrecher a. a. O. §. 196, Note g.

auf die Grenzen in manchen Staaten Beamte unter dem Namen Grenzräthe[48]), Grenzcommiſſarien u. ſ. w. angeſtellt ſind. Inwiefern übrigens die nachſtehenden Grundſätze des Privatrechtes und Einrichtungen rückſichtlich der Privatgrenzen auf die Staatsgrenzen analog Anwendung finden, dies beruht auf den allgemeinen Grundſätzen über Anwendung des Privatrechtes in ſtaatsrechtlichen Angelegenheiten. Zu bemerken iſt nur noch, daß, wenn gewiſſe Diſtricte, Communen u. ſ. w. officiell als Grenzämter, Grenzfeſtungen[49]), Grenzſtädte[50]), Grenzdörfer bezeichnet werden, die Grenzen des diesfallſigen Gebiets in der Regel auch die Territorialgrenze bilden.

Sollen die Privatgrenzen ihre Beſtimmung, Sicherung des Rechtszuſtandes im Staate, erreichen, ſo müſſen ſie — dies ſind unumgänglich nothwendige Erforderniſſe — deutlich, um erkannt zu werden, feſt, um nicht der Veränderung zu unterliegen, und von den Intereſſenten (entweder freiwillig oder durch rechtliches Erkenntniß) anerkannt ſein[51]). Zufällige Eigenſchaften der Grenzen aber ſind diejenigen, welche ſie in Folge ihrer Entſtehung oder ihres Zweckes erhalten. In dieſer letzten Beziehung ſind ſie, je nach Beſchaffenheit des Gegenſtandes, den ſie begrenzen ſollen, Eigenthums-, Haus-, Hof-, Dorf-, Feld-, Flur-, Jagd-, Forſt-, Gerichts-, Fiſcherei-, Weide- u. ſ. w. Grenzen[52]). Vorzüglich unterſcheiden ſich von den Landgrenzen die Waſſergrenzen und zwar erſtlich in wiefern bei der Waſſergrenze Waſſer und Land betheiligt ſind. Bei einem Waſſergrundſtücke, namentlich bei ſtagnirenden Seen und Teichen, gibt der gewöhnliche volle Waſſerſtand, Waſſerſpiegel das Merkmal ab[53]), wonach, wenn durch Entwäſſerung der Umfang zweifelhaft worden iſt, derſelbe mittelſt Nivellements ausgemittelt werden kann. Der Waſſerſpiegel ſelbſt pflegt durch ſogenannte Spiegelpfähle bezeichnet zu werden. Bei Flüſſen, Strömen und Bächen wird zwar die Fahrwaſſerhöhe, der ordentliche mittlere Waſſerſtand und Lauf (naturalis rigor, perpetua sui mensura in der Geſetzesſprache[54])), ſo daß der Strom zu ſeinem gewöhnlichen Gebrauche, ſei es Schifffahrt, Flöße, Ueberſetzen in Kähnen und Schiffen, oder Fiſcherei u. ſ. w., tauglich iſt, berückſichtigt, und es werden als Grenzen des Stromes und Flußbettes in privatrechtlicher Beziehung die Linien angenommen, welche das Waſſer an beiden Ufern bezeichnet[55]); allein die Souveränetätsgrenze iſt in der Regel die Mitte des Fluſſes, bei Brücken die Mitte der Brücke, wiewohl neuerlich als ſolche auch zuweilen der Thalweg, d. i. der das Fahrwaſſer ſtets

---

48) Schnaubert, Anfangsgründe des Staatsrechtes §. 154.
49) Adelung a. a. O.
50) Ebendaſelbſt.
51) Weiske a. a. O. §. 123, S. 120.
52) Hagemann a. a. O. §. 161. Glück a. a. O. §. 717, S. 433.
53) Hagemann a. a. O. §. 163, Note 9. Weiske a. a. O. §. 133.
54) L. 1. §. 5. D. de fluminibus ne quid etc. (43. 12.)
55) Hagemann a. a. O. Weiske a. a. O. §. 133 u. 134.

bildende ſtärkſte und tiefſte Stromſtrich, angenommen worden iſt [56]). Anders iſt es bei der **Ufergrenze**. Denn während bei der Teich-, Bach-, Fluß- u. ſ. w. Grenze nur der Mittelwaſſerſtand, das Waſſer, welches der Fluß u. ſ. w. in ſeinem gewöhnlichen Flußbette faßt, in Betrachtung kommt, fängt das Ufer (ripa), die Ufergrenze da an, wo das Land vom Mittelwaſſer beſpühlt wird, und endigt, wo der höchſte Waſſerſtand (plenissimum flumen) iſt [57]). **Zweitens**: Da, wo die Grenze des Waſſers ſelbſt nur im Waſſer gebildet wird [58]), geſchieht dies entweder durch darin befindliche Inſeln, Grieſe u. ſ. w. oder durch Annahme eines gewiſſen Maßes vom Ufer an, und es pflegt dieſe Grenze durch eingepflanzte Signalruthen, oder durch Flaggen auf dort ſchwimmenden, angeankerten Kähnen, Tonnen u. ſ. w. bezeichnet zu werden [59]). Eine andere, ihrem Zwecke nach von den gewöhnlichen ſich unterſcheidende Grenze iſt die, welche die Rechte, Beſitzungen u. ſ. w. unter der Erde ſondert. Dies geſchieht durch Grenzzeichen, gewöhnlich Grenzſteine (**Lochſteine** genannt), welche ſenkrecht (**ſeiger**) über der unterirdiſchen Grenze auf der Erdoberfläche geſetzt werden und worauf ſich in den Urkunden (**Muthbriefen**, **Muthzetteln**) bezogen wird. Die Lochſteine müſſen übrigens eben ſolche Steineier (ſ. w. u.) haben, wie andere Grenzſteine. (Vergl. den Art. **Bergrecht**, 5. Bd. S. 952). Wenn aber zwei Zechen (dem Unternehmer zum Bergbau zugetheilte Maße, Lehen) durchſchlägig worden ſind, d. h. wenn die Arbeit darin ſo weit gediehen iſt, daß Beide an einander kommen, ſo wird, auf Anſuchen, als Grenzzeichen eine **Erbſtufe**, **Markſcheideſtufe**, in Beiſein der Geſchworenen und Vorſteher, im gevierten Felde in ſeigergerader Richtung (ſ. Bergrecht a. a. O.) geſchlagen [60]). Es iſt ein Theil der **Markſcheidekunſt**, den Punkt, wo dies geſchehen muß, anzugeben und die Grenzen der unter der Erde befindlichen Gruben eines über der Erde vermeſſenen Grundſtückes beſonders nach gedachten Lochſteinen aufzufinden. Tritt Zweifel darüber ein, welcher von mehrern **Markſcheiderzügen**, d. i. vermeſſenen Punkten, der richtige ſei, ſo wird von einem dritten **Markſcheider** (Geometer des Bergamtes [61])) ein **Wehrzug** gemacht, d. i. die Ausmeſſung, wodurch der Zug des einen oder anderen Markſcheiders verworfen (**gewehrt**) wird [62]).

Die **zufälligen Eigenſchaften** der Grenzen in Folge **ihrer Entſtehung** beruhen auf dem Unterſchiede zwiſchen **natürlichen** und **künſtlichen** Grenzen [63]). Der Unterſchied dieſer beiden hängt

---

56) **Klüber** a. a. O. §. 92.
57) **Weiske** a. a. O. §. 135.
58) **Thilesius**, de iure limiti in aquis constituti.
59) **Weiske** a. a. O. §. 136.
60) **Hake**, in dem nachſtehend citirten Commentar §. 210. **Weiske** a. a. O. §. 137.
61) **Hake**, Commentar über das Bergrecht (Sulzbach 1823), §. 102.
62) Ebendaſ. §. 586.
63) **Glück** a. a. O. Th. 10, §. 720, 721, S. 456. **Hagemann** a. O. §. 162. **Weiske** a. a. O. §. 119, 121.

aber wieder davon ab, je nachdem das Grenzzeichen ein künſtliches oder natürliches iſt. Grenzzeichen, Grenzmal, Malzeichen (terminus) iſt jeder körperliche Gegenſtand, der zur Bezeichnung der Grenze einer Beſitzung gebraucht wird[64]). Werden zufällig am Orte der Grenze befindliche, von der Natur erzeugte, wenn auch unter Beiwirkung von Menſchenhänden in den jetzigen Zuſtand gebrachte Gegenſtände zu Grenzzeichen angenommen, ſo ſind dies natürliche Grenzzeichen, natürliche Grenzen (termini naturales). Dahin gehören Grenz-Berge, -Bergrücken, -Thäler, -Hügel[65]), -Straßen, -Wege[66]), -Raine[67]), -Felſen, -Bäume, -Wälder, -Hölzer[68]), -Waſſer[69]), -Flüſſe, -Bäche, -Seen, -Teiche u. ſ. w. Ein mit natürlichen Grenzen verſehenes Grundſtück hieß bei den Römern ager arcifinius; im Gegenſatze von ager limitatus (unſerem Teutſchen: verſteinter Acker, verſteinte Grenze, d. i. Acker und Grenze mit Grenzſteinen verſehen, entſprechend), welches ein Grundſtück anzeigte, das mit öffentlich hergeſtellten und anerkannten Grenzen verſehen war[70]). Rückſichtlich der natürlichen Grenzen iſt nur zu bemerken, daß bei Grenzflüſſen der Thalweg (ſ. S. 887) als die eigentliche Grenze beider anliegender Grundſtücke angeſehen wird[71]), daß, ſo wie die Grenze überhaupt, ſo auch Grenzwaſſer, Grenzwege, Grenzraine u. ſ. w. gewöhnlich den Adjacenten auf beiden Theilen gemeinſchaftlich gehören, und daß die Grenzbäume auch häufiger zu den künſtlichen Grenzzeichen gerechnet werden[72]). Grenzbäume, angelachterte, angelaſchte Bäume, Mark-, Mal-, Rain-, Kreuz-, Loch-, Lach-, Lachterbäume, Rainweiden, Loche, Lache[73]), ſind zur Bezeichnung der Grenze von den an jener Stelle ſtehenden Bäumen ausgewählte Stämme. Doch werden ſie auch zuweilen, jedoch wohl ſelten, gepflanzt. Es wird ihnen häufig durch Abköpfen, Schneideln ꝛc. ein auffallend ausſehendes Aeußere gegeben; ſie werden jedoch, wenn ihre Qualität als Grenzbäume nicht durch andere Beweismittel dargethan iſt, in der Regel nur dann als ſolche anerkannt, wenn die üblichen Zeichen an ihnen angebracht ſind, welche, nach Abhauen eines Stückes Schale, durch Einhauen oder Einbrennen einiger Buchſtaben, häufig eines bloßen Kreuzes, durch deſſen Mitte ein Loch gebohrt iſt, auch wohl blos durch Bohren eines Loches ohne Kreuz gemacht werden[74]). Daher mehrere der angegebenen Namen. Rückſichtlich der

64) Adelung a. a. O. u. d. W. Gränzzeichen, Gränzmahl.
65) Adelung a. a. O. u. d. W. Gränzhügel.
66) Ebendaſ. u. d. W. Gränzweg.
67) Vgl. Weiske a. a. O. §. 17 a. E. und §. 120 a. E.
68) Adelung a. a. O. u. d. W. Gränzholz.
69) Adelung a. a. O. u. d. W. Gränzwaſſer.
70) Weiske a. a. O. §. 121.
71) Ebendaſ.
72) Ebendaſ.
73) Weiske a. a. O. Adelung a. a. O. u. d. W. Gränzbaum.
74) Strube a. a. O. Bed. 218 (V, 81), Note b. Glück a. a. O. Th. 10, §. 720, 721, S. 456.

Grenzraine (Feldraine, Pflugrecht) iſt noch zu bemerken[75]), daß für ſie häufig landesgeſetzlich eine gewiſſe Breite beſtimmt iſt[76]), und daß ſie nicht abgeackert und nicht verſäet, oder ſonſt verkleinert werden dürfen[77]). Künſtliche Grenzzeichen ſind die, welche in der Hauptſache zu dem Zwecke gemacht ſind, um als Grenzzeichen zu dienen. — Es kann übrigens nicht geleugnet werden, daß einige der zu den natürlichen in der Regel gerechneten Grenzzeichen theilweiſe, ihrer Entſtehung nach, zu den künſtlichen gehören, z. B. Grenzbäume, Grenzwege ꝛc., und daß, um nicht eine dritte Art, gemiſchte Grenzzeichen, zu ſchaffen, man das a potiori fit denominatio angewendet hat. Wo künſtliche und natürliche Grenzen concurriren, haben die Erſteren den Vorzug, da ſie beſonders für die Grenzbezeichnung angebracht, während die natürlichen in der Regel nur, weil ſie zufällig vorhanden waren, als ſolche angenommen worden ſind und daher nicht vermuthet werden kann, daß bei dieſer Annahme ſo ſorgfältig zu Werke gegangen wurde, wie bei der eigen nur zu dieſem Zwecke erfolgten Errichtung einer künſtlichen Grenze[78]).

Im Gegenſatze von den natürlichen Grenzen entſtehen nämlich die künſtlichen dadurch, daß von den zu Herſtellung der Grenze Berechtigten willkürlich irgend ein Gegenſtand, als Grenzzeichen, in die Grenze gebracht wird. Man rechnet dazu Grenz=, Rain=, Markſteine, hölzerne und ſteinerne Crucifixe, einfache Kreuze, Grenzſäulen, =Stangen, =Pfähle, =Graben, =Haufen, =Häuſer, =Mauern, =Zäune, =Hecken, =Planken[79]), =Stackete u. ſ. w.[80]), welche ſämmtlich ſich durch ihre Namen charakteriſiren. Da jedoch dieſe verſchiedenen Zeichen auch aus anderen Gründen, als um der Grenze willen, in der Gegend der Grenze vorhanden ſein können, ſo müſſen die Umſtände, unter denen ſie ſich dort befinden, und die beſonderen Eigenſchaften und Kennzeichen die Gründe an die Hand geben, ob ſie für Grenzzeichen zu achten ſind, oder nicht. Im allgemeinen iſt für die mehreſten dieſer künſtlichen Grenzzeichen ein Hauptmerkmal dieſer Qualität, daß ſie in gerader Linie auf einander hinweiſen[81]). Auf den Grenzpfählen und Grenzſäulen aber pflegen häufig die Anfangsbuchſtaben der Grenzbeſitzer nach den Seiten zu, auf welchen Jeder ſeine Beſitzung hat, eben ſo die Wappen der Beſitzer, namentlich der Communen und beſonders, wenn die Säulen Landesgrenzſäulen ſind, der Landesherrſchaften einge=

---

75) Weiske a. a. O. §. 120 u. 125.

76) Z. B. nach dem preuß. Landrechte Th. 1, Tit. 17, §. 364, bezüglich 1 und 4 Fuß.

77) Sachſenſpiegel Buch 3, Art. 86. Tot. Tit. Dig. term. mot. (47. 21.)

78) Weiske a. a. O. §. 121 a. E.

79) Gebrüder Overbeck, Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien Bd. 9, S. 242: Ob ein zwiſchen zwei benachbarten Grundſtücken geſetztes Riegelwerk für die Bezeichnung der Grenze anzunehmen ſei?

80) Adelung a. a. O. u. d. W. Gränzgraben, =Haufen, =Pfahl, =Säule u. ſ. w.

81) Hagemann a. a. O. §. 162. Strube a. a. O. Bed. 218 (V, 81).

brannt, eingehauen, oft nur auf beſonderen Tafeln, welche an der Grenzſäule befeſtigt ſind, angemalt zu werden. Ueberhaupt pflegen ſich der Grenzſäulen, beſonders der hölzernen (vielleicht weil in dieſem Falle gewöhnlich Beamten vorhanden ſind, welche auf ihre Erhaltung ein beſonderes Augenmerk richten, und daher ihre Dauer nicht ſo nöthig iſt, wie bei Privatleuten) mehr Guts-, Gerichts- und Landesherrſchaften zu bedienen, daher Jagdſäulen, Gerichtsſäulen, Gleitsſäulen u. ſ. w. Bei Grenzgraben, mögen ſie trocken liegen, oder ein fortlaufendes oder ſtagnirendes Waſſer in ihnen ſein, wird durch die Mitte des Grabens die Grenze gebildet und zu deren Erhaltung kann jeder Nachbar vom Andern die Hebung des Grabens, d. i. die Reinigung deſſelben von Schutt, Schlamm u. ſ. w. bis auf den eigentlichen Grund und die Ausſtechung des eingelaufenen Raſens und eingefallenen Erdreichs, zum Antheile des Hebenden, verlangen [82]). Die Grenzhaufen pflegen von Steinen oder Erde aufgeworfen zu ſein. Die Grenzhäuſer [83]) pflegen ſelten zu Bezeichnung von Privatgrenzen zu dienen. Sie ſind gewöhnlich zu Bewahrung der Grenzen größerer Gebiete angelegt, wie denn von kleineren Grenzfeſtungen dieſer Name auch gebraucht zu werden pflegt, daher dann die oben (S. 886) erwähnten ſtaatsrechtlichen Grundſätze zur Anwendung kommen. Grenzbilder im eigentlichen Sinne, menſchliche Statüen, deren unterſter Theil in einer Scheide zu ſtecken ſcheint, kommen ſelten als wirkliche Grenzzeichen, ſondern mehr als Verzierungen zur Anwendung. Das allgemein üblichſte und wichtigſte künſtliche Grenzzeichen iſt der Grenz-, Mark-, Mal-, Mund-, Schied-, Rainſtein (lapis finalis oder l. terminalis), ſonſt auch Wendelſtein [84]) genannt [85]), ein Stein, der auf die Grenze ſelbſt, als Grenzzeichen, geſetzt wird. Derſelbe wird zu dieſem Zwecke am häufigſten ſowohl bei Eigenthums- als anderen Grenzen gebraucht [86]), obgleich die Wahl der Grenzzeichen den Eigenthümern frei ſteht, wenn nicht Particulargeſetze ein Anderes vorſchreiben. Häufig werden zu den Grenzſteinen regelmäßig behauene, ſo viel als möglich lange Bruchſteine genommen und ſo geſetzt, daß eine ſcharfe Kante auf den nächſten Grenzſtein zeigt, oder daß die gedrückte platte Form der Steine, ſo wie Nummern daran die Richtung derſelben andeuten. Hat man behauene Sandſteine, ſo werden Namen, Wappen u. ſ. w. wie oben (S. 890), auch zuweilen die Nummer des Grenzſteines darauf eingehauen. Oft werden aber nur rohe, unbehauene Steine dazu angewendet [87]). Wenn auch kein Geſetz es vorſchreibt, ſo iſt es doch allgemei-

---

82) L. 2. §. 2 u. 4. D. d. aqua et aquae pluviae arcendae. (39. 3.) Weiske a. a. O. §. 121 u. 132.

83) Adelung a. a. O. u. d. W. Gränzhaus.

84) Adelung a. a. O. u. d. W. Gränzſtein.

85) Die Hauptſchrift iſt die ſchon angezogene von Beck, über Grenzen und Markſteine. Vgl. auch Rinder (praes. Hildebrand), de diversitate lapidum finalium eorumque iure. Altorfi 1710.

86) Vgl. oben (S. 882) gegen Weiske a. a. O. §. 120.

87) Weiske a. a. O. §. 123.

ner Gebrauch, unter jeden Grenzſtein das Geheimniß, die Zeichen, Eier, Steineier (ovula, testes) zu legen. Dieſe beſtehen in Glasſcherben, Kieſeln, beſonders ſolchen kleinen Steinen, welche in der Gegend des Grenzſteines nicht gewöhnlich ſind, in Stücken Ziegelſtein, Kohlen, Eierſchalen, Haaren u. ſ. w. — eine gewiſſe Zahl der Eier iſt nicht beſtimmt, doch werden von jeder Gattung in der Regel mindeſtens drei genommen — kurz! in ſolchen Gegenſtänden, welche der Verweſung weniger unterworfen ſind und aus deren Anblick ſich leicht erkennen läßt, daß der Stein von Menſchenhänden dahin geſetzt iſt[88]). Es werden übrigens die Steine nach Verſchiedenheit der Gegenſtände, für welche ſie die Grenze bilden ſollen, aufgeführt: als Landes-, Herrlichkeits- oder Gütergrenzſteine, dann als Gerichts- (auch Obrigkeits- oder Bannſteine genannt), Gleits-, Forſt-, Jagd-, Zehend-, Flur- und Markungs-, Weid-, Hut- und Trattſteine — Ausdrücke, die ſich durch ſich ſelbſt erklären — hiernächſt als Zollſteine, Zollſäulen, wodurch die Behörde angedeutet wird, an welche der Zoll von der fraglichen Grenzſtelle an zu entrichten iſt; als Wegſteine, welche die Grenzen der Wege, namentlich Deichſelſteine, welche die Mitte des Weges und alſo, wenn dieſer ein Grenzweg iſt, die eigentliche Grenze ſelbſt anzeigen, als Waſſerſteine, Fiſchſäulen zu Bezeichnung der Waſſer- und Fiſchereigrenzen (die ſogenannten Freihungsſteine[89]) ſind eine mit dem Aſylrecht verſchwundene Antiquität). Von praktiſcherm Nutzen iſt aber die Eintheilung nach der Stellung, welche von den Steinen eingenommen wird, in Haupt-, Eck- und Ortſteine. Ortſteine ſind ſolche, welche am Anfange oder Ende der Grenzbezeichnung, Eckſteine (lapides angulares) ſolche, welche da, wo die Grenze eine Ecke bildet, alſo gerade im Winkel ſtehen. Dieſe beiden Arten ſind Hauptſteine (lapides principales), auf welche es bei der Grenzbezeichnung am mehreſten ankommt, zu welchen daher die beſten und bezeichnendſten genommen und welche mit der größten Sorgfalt geſetzt werden[90]). Minder bedeutend ſind die Läufer (cursores, lapides minores, concomitantes, secundarii, intermedii), d. ſ. die Steine, welche blos die Grenzlinie, den Grenzzug von einem Hauptſteine bis zum anderen bezeichnen und wozu die geringeren Steine verwendet werden[91]). Denn bei zu großer Entfernung der Ortſteine in der Grenzlinie von einander würde eine Veränderung der letzteren durch Abackern u. ſ. w. leicht möglich ſein, daher die Läufer als Zwiſchenſteine nöthig erſcheinen. Man kann ſonach nicht annehmen, daß die Grenze da einen Winkel bildet,

---

88) Strube a. a. O. Bed. 218 (V, 81). Hellfeld, iurisprud. forensis §. 721. Glück a. a. O. §. 456. Hagemann a. a. O. §. 162. Weiske a. a. O. §. 125.

89) Rinder-Hildebrand l. c. §. 7. nr. 4. Beck a. a. O. Buch 1, Cap. 2, observ. 6.

90) Rinder-Hildebrand l. c. §. 5—9. Beck l. c. observ. 4—12.

91) Rinder-Hildebrand l. c. §. 5. Beck l. c. observ. 12. Glück a. a. O. S. 457.

ſich nach einer anderen Seite wendet, ſich bricht, wo ein Stein ſteht. Man nimmt vielmehr an, daß von einem Steine zum anderen eine gerade Linie geht und daß die Grenze nur da einen Winkel bildet, wo ein durch ſeine nach zwei Seiten zeigende Form ſich als ſolchen charakteriſirender Eckſtein ſteht. Krumme Grenzlinien können, außer wenn die Grenzſteine ganz nahe ſtehen, in der Regel nur durch natürliche Grenzen, oder durch Grenzgraben und durch Urkunden nachgewieſen werden [92]).

Soll durch Grenzen wirklich die Erhaltung des Rechtszuſtandes im Staate gefördert werden; ſo müſſen da, wo es an einer richtigen Begrenzung fehlt, Grenzen angelegt, die vorhandenen Grenzen müſſen erhalten, die verloren gegangenen wo möglich wieder hergeſtellt, die in Unordnung gekommenen regulirt werden. Die Anlegung der Grenzen (limen agere, mensuram agere [93])) geſchieht, wenn der Eigenthümer des zu begrenzenden Grundſtücks auf ſeinem Eigenthume bleibt (S. 881), von dem Eigenthümer allein, ſchützt ihn aber dann nicht wider ſeine Nachbarn. Soll dies erlangt werden, ſo muß er letztere, ſo weit er an Jedes Beſitzung angrenzt, zur Anlegung der Grenzen zuziehen (vergl. S. 881) [94]), bei welcher übrigens die vorſtehenden Regeln und Grundſätze zu beobachten ſind. Laſſen die Grenznachbarn ſich freiwillig und privatim nicht dazu bewegen, ſo muß er den Richter zur Grenzregulirung auffordern, die denn auf gemeinſchaftliche Koſten geſchieht (ſ. w. u.), da die Verweigerung der Theilnahme an der außergerichtlichen Grenzregulirung eine Verweigerung der Anerkennung der Grenze, ſo wie ſie der Nachbar anlegen will, involvirt, die Regulirung auch zu beiderſeitigem Vortheile geſchieht. Kommt es nun wirklich zur Anlegung, ſo muß die Grenze durch einen, von beiden Theilen zu erwählenden, und bei gerichtlicher Anlegung verpflichteten, Feldmeſſer — in manchen Ländern gibt es im allgemeinen verpflichtete Grenzmeſſer [95]), Grenzſcheider, Märker, Flurmeſſer, Siebner, Landmeſſer, Steinſetzer (mensores, agrimensores) — genau ausgemeſſen, namentlich das Maß der Grenzlinie von Stein zu Stein angegeben, nicht nur die Grenze, ſondern die ganze nächſte Umgegend mit jedem anliegenden Grundſtücke, nach ſeiner Art und Größe, in einen Riß — Grenzriß — gebracht und dieſer von den Intereſſenten anerkannt werden [96]). Zuweilen werden auch mehrere Feldmeſſer zugezogen. Ueber das ganze Geſchäft wird, wenn die Grenzanlegung richterlich geſchieht, ein umſtändliches Protocoll — Grenzprotocoll — aufgenommen, worin die ganze Handlung der Grenzanlegung, die Art, wie dabei verfahren worden, von welchen Punkten man ausgegangen iſt und

92) Weiske a. a. O. §. 124.
93) Ebendaſ. §. 126, S. 123.
94) Ebendaſ. §. 127, S. 125.
95) Adelung a. a. O. u. d. W. Gränzmeſſer, Gränzſcheider.
96) Klüber, Inſtruction für verpflichtete Landesſchieder, Steinſetzer u. ſ. w. Pappenheim 1808.

wohin man ſich gewendet hat (nach den Himmelsgegenden und den anliegenden Grundſtücken), dann wodurch man ſich davon, daß die Grenze gerade ſo laufe, wie ſie angenommen worden iſt, überzeugt, oder wie man ſich darüber vereinigt hat, ferner Lage, Abdachung, Richtung und Art der umliegenden Grundſtücke (ob Holz, Wald, Feld u. ſ. w.), endlich das gefundene Maß von Grenzzeichen zu Grenzzeichen, oft auch, zu größerer Sicherheit, das Maß jedes anliegenden Grundſtückes angegeben, das Protocoll aber den Intereſſenten zur Anerkennung vorgeleſen, bezüglich vorgelegt und von ihnen unterzeichnet wird. Häufig wird das Reſultat der Grenzanlegung in einen Grenzreceß gebracht[97]), d. i. ein förmlicher ſchriftlicher Vertrag der Grenznachbarn über den Grenzvergleich[98]), über die Art, auf welche die Grenze für die Zukunft beſtehen ſoll, und häufig wird jenes Reſultat noch in beſondere Bücher, Grenzregiſter, Flur-, Grenz-, Lager-, Fund-, Bann-, Markungsbücher, Grenzbeſchreibungen, Flurläufer, Steuer- und Zinnsregiſter[99]), eingetragen[100]). Bei dem ganzen Geſchäft aber muß die äußere Form der Grenzanlegung, d. i. richtige Stellung der Grenzzeichen nach ihrem Zwecke und die innere Form, d. i. die Beobachtung genauer Legalität in der Procedur und der geſetzlichen Einrichtung der Riſſe, Protocolle u.ſ.w., auf das ſtrengſte beobachtet werden[101]).

Für Erhaltung der Grenzen wirkt vermöge des ſubjectiven Grenzrechtes (S. 883) in der Regel theils der Beſitzer ſelbſt, theils der Staat. Der Beſitzer thut dies durch Beſichtigung der Grenzen mittelſt zu gewiſſen Zeiten zu veranſtaltender Umgänge daran — Grenzbegehungen, Grenzzüge, Grenzbeziehungen, Grenzumgänge, namentlich, wenn die Beſitzungen groß z. B. Rittergüter, Gemeindefluren u. ſ. w. ſind. Mittelſt dieſer Handlungen überzeugen ſich die Intereſſenten von der noch beſtehenden Richtigkeit der Grenzen, oder von der entſtandenen Ungewißheit, ſie lernen auch dieſelben kennen, wenn ſie ſolche noch nicht kannten. Da aber der größere Theil der Beſitzungen zu klein iſt, um beſondere Grenzzüge zu veranlaſſen, ſie auch bei den verſchiedenen Anſichten der Eigenthümer häufig unterbleiben dürften, ſo ſind ſolche in mehrern Staaten für gewiſſe Zeitabſchnitte, z. B. alle drei Jahre, anbefohlen, wo dann dieſe Grenzzüge mit beſonderen Feierlichkeiten, z. B. Muſik, Tanz, Abſchießen von Gewehren bei den Grenzzeichen, Zuziehung der Schuljugend u. ſ. w. zu geſchehen pflegen, damit jeder Einwohner die Grenzen ſeinem Gedächtniſſe deſto ſicherer einpräge. Bei

---

97) Adelung a. a. O. u. d. W. Gränzreceß.

98) Ebendaſ. u. d. W. Gränzvergleich.

99) Höck, Abhandlung von Flur-, Lager- u. ſ. w. Büchern. Frankfurt 1798. (v. Trützſchler), Anweiſung zur Abfaſſung rechtlicher Aufſätze, Hauptabth. 3, Hauptſt. 2, §. 15, S. 434.

100) Ueber das Ganze vgl. Hagemann a. a. O. §. 163. Glück a. a. O. S. 457 flg. Weiske a. a. O. S. 125, 126, 127. Seweloh a. a. O. Hock, Abhandl. von Verſteinigung, Beſchreibung, Verzeichnung und Beziehung der Grenzen. Mainz 1789.

101) Weiske a. a. O. §. 130.

dieſen Grenzbeziehungen werden, außer den Beſitzern der zu umgehenden Grundſtücke, auch die Grenznachbarn zugezogen und häufig ein Feldmeſſer adhibirt, um, im Fall entſtehenden ſofort zu beſeitigenden Streites, die nöthigen Vermeſſungen machen laſſen zu können. Auch werden dunkel gewordene Grenzen wieder erneuert, z. B. die angemalten Buchſtaben und Wappen aufgefriſcht, die geſunkenen Grenzſteine, beſonders im ſumpfigen Boden häufig, wieder gehoben, d. h. der Stein wird vorſichtig ausgegraben, es werden die ovula unterſucht und er wird mit den Eiern gerade ſo wieder geſtellt, wie er vor dem Verſinken ſtand. Auch die Grenzgraben werden dabei gehoben (S. 891), wenn ſie deſſen bedürfen und dies ſogleich möglich iſt; außerdem wird dies wenigſtens angeordnet [102]). Häufiger ſorgt auch der Staat durch Anſtellung beſonderer Grenzwächter (custodes finium vergl. S. 886) oder durch Verordnung zu deren Anſtellung für Communen u. ſ. w., was übrigens auch oft Privatbeſitzer von ſelbſt thun [103]). Zur Sicherung der Grenzen müſſen ferner nach gemeinem Rechte [104]) in der Regel vom Verkäufer eines Grundſtückes dem Käufer die Grenzen angezeigt werden und endlich wird nach gemeinem Rechte die abſichtliche Verfälſchung der Grenzen als Verbrechen geſtraft.

Die Grenzverrückung, Grenzverfälſchung [105]) (termini motio, crimen termini moti) iſt die in Beziehung auf Grenzzeichen verübte Fälſchung [106]). Am richtigſten unter den Begriff von Fälſchung gebracht [107]), wird zu dieſem Verbrechen, als Privatverbrechen die Verrückung, Verſetzung oder Vernichtung eines Privatgrenzzeichens in der Abſicht der Benachtheiligung eines Anderen erfordert [108]). Die peinliche Gerichtsordnung [109]) disponirt, daß der, welcher dieß begeht, „peinlich am leib nach geverlicheyt groß geſtalt vnnd gelegenheyt der ſachen vnd der perſon, nach radt geſtrafft werden ſoll," — alſo eine willkürliche Leibesſtrafe nach der Größe des geſtifteten Schadens und nach Beſchaffenheit der Umſtände und Perſonen [110]), ſonach auch nach Verhältniß der Bosheit und Gefährlichkeit der Handlung [111]).

---

102) Weiske a. a. O. §. 132.

103) Weiske a. a. O.

104) L. 63. §. 1. D. de contrah. emt. vend. (18. 1.) L. 48. D. de act. emti et vend. (19. 1.) Glück a. a. O. Th. 16, §. 985, S. 121.

105) Obrecht, sacra termini. Argent. 1674. Trotz, de termino moto. Trai. 1750. Müller, de crimine termini moti. Lipsiae 1752. Golius, de termino moto. Argent. 1757. Adrian Beier, de term. mot. Jen. Leyser, med. ad D. spec. 558. Practiſche Fälle ſ. bei Pfiſter, merkw. Criminalfälle Bd. 4, Abh. 6. Biſchof, merkw. Criminalrechtsfälle Bd. 4, S. 267 flg.

106) Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft §. 205. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes, Ausg. von Mittermaier, §. 423. Martin, Lehrbuch des Criminalrechtes §. 192 (196).

107) Marezoll, das gemeine teutſche Criminalrecht §. 153.

108) Tittmann, Handbuch der Strafrechtswiſſenſchaft Bd. 2, §. 504.

109) Art. 114.

110) Tittmann a. a. O.

111) Wie die Praxis ſtraft, ſ. bei Quiſtorp, Grundſ. des teutſchen peinl. Rechtes Th. 1, §. 212. Koch, institutiones iur. crim. §. 553., jetzt in der Regel nicht über Gefängniß.

Vorzüglich erhöht wird die Strafe, wenn das Grenzzeichen unter öffentlicher Autorität geſetzt worden war [112]). Die Particulargeſetze ſtellen dies Verbrechen unter die Fälle theils des Betruges, theils der Verbrechen wider die öffentliche Treue, theils der Eigenthumsbeeinträchtigung [113]). Ganz von dieſem Privatverbrechen verſchieden iſt das Verbrechen der Verrückung der Landesgrenze, von mehreren Particulargeſetzen für Staatsverrath erklärt und auch im gemeinen Rechte nach den Grundſätzen von Hoch- und Landesverrath zu beurtheilen [114]).

Die Wiederherſtellung der verlorenen Grenzen (declaratio finium [115])) ſetzt den Fall voraus, daß ein Grenznachbar ſich ſeines Nachbargrundſtückes über deſſen zu erweiſende Grenze hinaus anmaßt. Schon Frontinus [116]) nimmt 15 Arten von Grenzſtreitigkeiten an, z. B. de rigore, de modo, de fine, de proprietate, de loco etc. Die controversia de loco [117]) iſt der hier vorliegende Fall. In dieſem ſteht dem Beſitzer des gedachten Nachbargrundſtückes in der Regel bezüglich die Vindications- oder Negatorienklage zu [118]), weil hier der Streit über das Terrain ſelbſt iſt, das entweder erſtgedachtem Grenznachbar oder dem letztgedachten Nachbargrundſtücksbeſitzer gehört; die Entſcheidung des diesfallſigen Rechtsſtreites kam bei den Römern dem Prätor zu [119]). Hierher iſt auch der Fall zu rechnen, wenn ein Wegenachbar auf eine unerlaubte Art einen öffentlichen Weg auf das entgegengeſetzte Nachbargrundſtück z. B. durch unerlaubtes Abackern, durch verbindlichkeitswidrige Unterlaſſung der gehörigen Unterhaltung des Weges auf ſeiner Seite, ſo daß die Geſchirre auf dem entgegengeſetzten Nachbargrundſtücke fahren müſſen u. ſ. w., auf dieſes Grundſtück hinübertreibt. Dem Verletzten ſteht hier die viae receptae s. rejectae actio dahin zu [120]), daß der Verletzende den vorigen Weg wieder herſtelle und den durch die Hinübertreibung des Weges entſtandenen Schaden erſetze [121]), daß ihm auch jedes anderweite derartige Beginnen bei Strafe unterſagt werde. Ziemlich eine und dieſelbe Tendenz damit hat das Interdictum ne quid in via publica fiat [122]). In allen dieſen Fällen behauptet der Kläger, die Grenze gewiß zu wiſſen, und verlangt deren Wiederherſtel-

---

112) Martin und Abegg a. a. O.

113) Marezoll a. a. O.

114) Martin und Abegg a. a. O. Vgl. Tittmann a. a. O. §. 309, 310.

115) Weiske a. a. O. §. 126.

116) De agrorum qualitate et limitibus ed. Goes. p. 39.

117) L. 60. D. de verb. signf. (50. 16.) Weiske a. a. O. §. 127.

118) Hagemann a. a. O. §. 163.

119) Glück a. a. O. §. 717, S. 437.

120) L. 3. pr. D. de via publica et itinere. (43. 11.) Schweppe, das römiſche Privatrecht §. 600.

121) Böhmer, de actionibus Sect. II. cap. XI. §. 12. Schmidt, gerichtliche Klagen und Einreden §. 1325.

122) L. 2. §. 20 u. 24. D. ne quid in via publica fiat. (43. 8.) Glück a. a. O. §. 718, S. 448, 449.

lung. Hier iſt alſo die Tendenz in der Hauptſache eine vindicatio finium, und die Klage unterſcheidet ſich von der actio finium regundorum (ſ. w. u.) dadurch, daß ſie eine beſtimmte Grenze zum Gegenſtande hat[123]). Der Kläger muß bei allen dieſen Klagen den Beweis der Grenze (probatio finium[124])) führen, welcher jedoch nicht etwa blos durch den Beſitz dargethan werden kann[125]), ſondern in der Hauptſache geführt werden muß durch Beaugenſcheinigung unter Zuziehung Sachverſtändiger (Feldmeſſer, ſogenannter Grenzmeiſter), durch Unterſuchung der Grenzzeichen, namentlich Hebung der Grenzſteine (ſ. S. 895), Prüfung der daran und darunter befindlichen Zeichen (ſ. S. 889, 890 u. 892), durch Vergleichung des an Ort und Stelle getroffenen Befundes nicht nur mit den um der Grenzen willen eigen vorhandenen Urkunden (ſ. S. 893 u. 894), ſondern auch mit den ſogenannten Hilfsurkunden, d. i. ſolchen, aus denen ſich zufällig die Grenzen ergeben[126]), z. B. Kataſter, Kaufbriefe, Lehnſcheine und Lehnbriefe, Flur- und Lagerbücher, Prozeß- und ſonſtige Gerichtsacten u. ſ. w. Bloße Schlüſſe aus mehrdeutigen Erſcheinungen und Hypotheſen ſind nur mit höchſter Vorſicht anzuwenden[127]). Es findet aber dabei auch der Gebrauch der Eidesdelation und der in dieſem Falle in der Regel an Ort und Stelle abzuhörenden Zeugen ſtatt, von welchen Letzteren ſogar testes de auditu zuläſſig[128]), obgleich vorzüglich ſolche Perſonen, welche vermöge ihrer Geſchäfte häufig die Fluren und Grenzen begehen, wie Jäger, Hirten, Flurſchützen, Feldwächter u. ſ. w., vor allen aber die nicht dabei intereſſirten Feldnachbarn tauglich hierzu ſind[129]). Doch wird bei Grenzſtreitigkeiten der Beweis durch alte Monumente u. ſ. w. dem durch Zeugen vorgezogen[130]). Vorzüglich nützlich zur Entſcheidung ſolcher Prozeſſe iſt es, wenn vor der Entſcheidung ein Grenzriß (ſ. S. 893) gefertigt, zu den Acten gebracht und von beiden Parteien anerkannt wird[131]). Wird die wahre Grenze bewieſen, ſo wird dieſe wieder hergeſtellt und übrigens der Klagbitte gemäß verfahren, außerdem der Kläger abgewieſen.

Schon hieraus ergibt ſich, daß dieſe Klagen, namentlich die Rei-

---

123) L. 6. D. de rei vindicat. (6. 1.): Si in rem aliquis agat debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat; appellatio enim rei non genus sed speciem significat. Hagemann a. a. O. §. 163. Sandt, Archiv für das Civil- und Criminalrecht der preußiſchen Rheinprovinzen Bd. 17 (neue Folge Bd. 10, Abth. 1), S. 191.

124) Weiske a. a. O. Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen über verſch. Rechtsm. Th. 1, S. 271 flg.

125) Glück a. a. O. §. 720 u. 721, S. 455. Hagemann a. a. O. §. 163 und der dort angeführte Leyser l. c. Vol. I. spec. 114. med. 1.

126) Weiske a. a. O. §. 130.

127) Weiske a. a. O. §. 126 u. 130.

128) Glück a. a. O. §. 720 u. 721, S. 461.

129) Hagemann a. a. O. Weiske a. a. O. §. 130.

130) L. 10. D. de probationibus et praesumtionibus. (22. 3.) Glück a. a. O. Th. 21, §. 1145—1156, S. 289 flg.

131) Hagemann a. a. O.

vindication möglichſt zu vermeiden ſind, weil ſie einen ſchweren Beweis haben und keine Hilfe geben, wenn die richtigen Grenzen nicht bewieſen werden können, die Grenzen gänzlich ungewiß und in Unordnung ſind. Dafür gibt das römiſche Recht ganz vorzüglich die ſchon in den Zwölftafelgeſetzen begründete Grenzſcheidungs-, Markſcheidungs-, Grenzklage (actio s. iudicium finium regundorum)[132]). Sie iſt ein iudicium divisorium und fand urſprünglich blos ſtatt, wenn de fine (ſ. S. 896) geſtritten wurde, eine controversia finalis, iurgium finale vorlag, noch jetzt, wie gedacht, wenn wirkliche Grenzverwirrung (fines confusi) vorhanden iſt[133]), während wir den Ausdruck Grenzſtreit, Grenzproceß für alle möglichen Streitigkeiten über Grenzen gebrauchen[134]). Der actio fin. reg. liegt eine obligatio quasi ex contractu zum Grunde[135]) und ſie findet nach römiſchem Rechte nur bei der Grenzverwirrung unmittelbar an einander liegender Grundſtücke[136]), nicht Gebäude[137]), für welche bezüglich die novi operis nuntiatio und das interdictum quod vi aut clam gegeben ſind, nach canoniſchem Rechte hingegen auch dann ſtatt, wenn die geographiſch abgeſteckten Grenzen gewiſſer Gerechtigkeiten in Verwirrung gerathen ſind[138]), nicht bei allen anderen Streitigkeiten über Gerechtigkeitsgrenzen[139]). Da die Grundſtücke unmittelbar an einander liegen müſſen, ſo wird die Klage durch einen dazwiſchen befindlichen öffentlichen Weg oder Fluß[140]) (nicht Privatfluß, Graben oder Bach[141])), ausgeſchloſſen. Eben ſo findet ſie nicht ſtatt, wenn die Grenzen nicht verworren, ſondern blos die verlorenen Grenzzeichen herzuſtellen ſind, wofür eine auf Verlaagung gerichtete Imploration ausreicht[142]). Auch nicht, wenn ein, zwiſchen den Grenzen zweier Grundſtücke inliegendes

---

132) Massow, praes. Thomae, discursus iurid. de finium regundorum iudicio. Jenae 1650. v. Speckner, rechtliche Blicke auf Markungs- und Markverrückungsklagen. Nürnberg 1817. Elvers und Bender, allgemeine juriſtiſche Zeitſchrift, Jahrg. 1828, S. 117. K. Weiske, ſceptiſch-practiſche Behandlung einiger civilrechtlichen Gegenſtände (Leipzig 1829), S. 55. Puchta, über die actio finium regundorum, in der Zeitſchrift für Recht und Geſetzgebung in Kurheſſen Hft. 2 (Caſſel 1837), Nr. 1. Wiederhold, Bemerkungen über die act. fin. reg., in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 13, Hft. 1, Nr. III, S. 35 flg. Sternberg, Einiges über die actio finium regundorum, ebendaſ. Bd. 17, Hft. 3, Nr. XIII, S. 426 flg.

133) Glück a. a. O. Th. 10, §. 717, S. 433, 436.

134) Adelung a. a. O. u. d. W. Gränzſtreit.

135) Schweppe a. a. O. §. 600.

136) L. 4. §. 11. L. 5 u. 6. D. finium regundorum. (10. 1.) Schweppe a. a. O.

137) L. 4. §. 10. eod. Schweppe a. a. O. Puchta, über die gerichtlichen Klagen der Landeigenthümer §. 137, S. 388. Glück a. a. O. Th. 10, §. 718, S. 447 u. 450.

138) Cap. 3 u. 13. X. de probationibus. (2. 19.)

139) v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes Bch. 3, Cap. 5. $\frac{274}{187}$.

140) L. 4. §. 11. D. fin. reg. (10. 1.)

141) L. 6. D. eod. Glück a. a. O. S. 449.

142) Puchta a. a. O. §. 137, S. 388 u. §. 138, S. 390.

Stück von beiden Anliegern als Zubehör in Anſpruch genommen wird — eine Art der Vindication [143]). Es kann ſie aber der Berechtigte jeder Art, alſo, außer dem Eigenthümer, auch der Pfandgläubiger, Emphyteuta, Uſufructuar u. ſ. w. gebrauchen [144]). Sie iſt auch eine actio duplex, deren ſich jeder Grenznachbar, dem an der Grenzregulirung gelegen iſt, bedienen, daher der Kläger rückſichtlich der dem Beklagten in Anſehung der Grenzberichtigung zuſtehenden Gegenforderungen zugleich Beklagter iſt und in dieſer Beziehung, gegen den Grundſatz: actor non condemnatur, verurtheilt werden kann [145]). Obgleich der Hauptgegenſtand der Klage die Grenzverwirrung und erſtere deßhalb zum Theil auf die aus dieſer Verwirrung, unmittelbar nach dem Geſetze oder nach den Grundſätzen über Adminiſtration, hier Adminiſtration der Grenzen, (quasi ex contractu) hervorgehenden perſönlichen Verbindlichkeiten gerichtet und daher inſoweit actio in personam iſt; ſo geht ſie doch auch auf Erſtattung deſſen, was der Beklagte in Folge der Verwirrung von den Grundſtücken des Klägers beſitzt, daher ſie zugleich den Charakter einer actio in rem hat und unter dieſen Umſtänden offenbar eine actio mixta [146]) iſt [147]). Das Klaggeſuch wird urſprünglich dahin gerichtet, daß die alten Grenzen wo möglich hergeſtellt, außerdem, nach vorgängiger Vermeſſung der treffenden Grundſtücken eine neue Grenze und ſomit ein neuer Eigenthums- und Beſitzſtand feſtgeſetzt werde [148]). Sie geht alſo, im Gegenſatze von der vindicatio finium, die ein Beſtimmtes zum Gegenſtande hat, auf etwas noch nicht Beſtimmtes und iſt ſo auch eine actio arbitraria, weil das richterliche Ermeſſen für Beſtimmung neuer Grenzen eintritt [149]). Bleibt die Klage bei dieſem urſprünglichen Klaggeſuche ſtehen, ſo nennen die Rechtslehrer dieſelbe eine actio finium regundorum simplex. Wird ſie aber, wie nach den Note 148 angezogenen Schriftſtellern gewöhnlich geſchieht, zugleich darauf gerichtet, daß der Beklagte dem Kläger das zeither zu viel Innegehabte ſammt den dadurch entbehrten Nutzungen, Früchten und gehabten Schäden erſetze [150]), ſo tritt der Fall ein, wo ſie nach Note 146 pro rei vindicatione iſt, und dann pflegt ſie actio finium regundorum qualificata genannt zu werden [151]). Dieß ändert aber ihre Na-

---

143) Puchta a. a. O. §. 137, S. 389, §. 138, S. 390 u. 391.

144) L. 4. §. 9. D. finium regund. (10. 1.) v. Wening-Ingenheim a. a. O. Puchta a. a. O.

145) L. 2. §. 1. L. 3. D. communi dividundo. (10. 3.) Glück a. a. O. Th. 10, §. 717, S. 441.

146) L. 1. D. finium regundorum (10. 1.): Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. Puchta a. a. O. S. 391.

147) Ueber alles dieß vgl. Glück a. a. O. S. 441 flg.

148) Böhmer l. c. Sect. II. cap. VI. Schmidt a. a. O. §. 1142. Glück a. a. O. S. 445. Puchta a. a. O. §. 139, S. 395. Mühlenbruch, doctrina pandectarum §. 424.

149) Puchta a. a. O. §. 138, S. 392.

150) Inwiefern auf dieſe Nebenforderungen geklagt werden kann, darüber vgl. Glück a. a. O. §. 723, S. 464 flg.

151) Glück a. a. O. §. 719, S. 451.

tur nicht. Denn die Geſetze [152]) ſagen ausdrücklich: In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit, quod interest etc. Post litem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio. Der Richter hat ſofort, nachdem er angegangen worden, mindeſtens den jüngſten Beſitz zu berichtigen, damit, wenn von beiden Theilen die Grenzverwirrung zur Sprache gebracht worden, klar werde, wer der Kläger iſt, und damit Thätlichkeiten unter den Parteien vermieden werden [153]). Da der Kläger ſeine Klage auf die vorhandene Grenzverwirrung ſtützt, ſo hat er dieſe, wenn der Gegner ſie leugnet, zu beweiſen. Dabei iſt es nun wohl möglich, daß der Kläger beweiſen muß, wie die Grenzen vorher waren, wenn er ſeine Behauptung, daß die Grenzen jetzt verwirrt ſeien, darauf, daß ſie jetzt anders, als ſonſt ſeien, gründet. Allein es iſt dieß bei der actio finium regund. keineswegs alle Mal nöthig, und diejenigen Schriftſteller, welche einen ſolchen Beweis alle Mal verlangen, verwechſeln die gegenwärtige Klage mit der vindicatio finium. Denn wenn man dieß bei Erſterer als das thema probandum annehmen wollte, ſo müßte der Kläger, wenn er die vorigen Grenzen nicht bewieſe, nach dem bekannten Brocardicum iuris: actore non probante absolvitur reus, abgewieſen werden, die Grenzen möchten ſo verworren ſein, als ſie wollten, und der Fall, daß der Richter pro arbitrio dieſelben regulirte, könnte gar nicht eintreten. Es beruht ja die act. fin. reg., wie gedacht, gerade darauf, daß man die Grenzen jetzt nicht kennt, und gerade dadurch wird die confusio finium klar, wenn keine der beiden Parteien die Grenzen beweiſen kann, indem auch der Beklagte, wenn er andere Grenzen angibt, als der Kläger, mit ſeinen Gegenbeweismitteln gehört werden muß [154]). Der Richter [155]) hat vor allen Dingen beim Beginn des Prozeſſes durch Augenſcheineinnahme [156]) und, wenn nicht ſchon ein beiderſeits anerkannter Riß zu den Acten gebracht iſt, durch Beibringung eines ſolchen die Sache möglichſt aufzuklären und, wenn die Verwirrung conſtatirt iſt, die alten Grenzen wo möglich auszumitteln [157]). Daher iſt es allerdings nützlich, wenn der Kläger die alten Grenzen nach ſeiner Ueberzeugung angibt; allein die Klage kann nicht als unſtatthaft verworfen werden, wenn er dieß unterläßt, quia ultra posse nemo tenetur [158]). Bei Aufſuchung der alten Grenzen wird dann

---

152) L. 4. §. 1 u. 2. D. finium regundorum. (10. 1.) L. 56. D. familiae erciscundae. (10. 2.) Glück a. a. O. §. 717, S. 445. Schweppe a. a. O. litt. D. S. 524. Mühlenbruch l. c.

153) Glück a. a. O. §. 717, S. 441.

154) Glück a. a. O. S. 455.

155) Lotz, von dem Verfahren in Grenz- und Bauſachen, in deſſen civiliſtiſchen Abhandlungen, 2. Ausg. (Cob. und Leipzig 1832), S. 229 flg.

156) Puchta a. a. O. §. 140.

157) L. 11. D. finium regund. (10. 1.) L. 3. C. eod. (3. 39.) Hellfeld l. c. §. 721. Glück dazu a. a. O. S. 454. Thibaut, Syſtem des Pandektenrechtes §. 718. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. $\frac{274}{181}$. Schweppe a. a. O.

158) Gegen Glück a. a. O. und beſonders gegen den in der Note 87 angeführten Klein, Rechtsſpr. der Halliſchen Juriſtenfacultät Bd. 1, Nr. 40.

mittelſt Beſichtigung an Ort und Stelle [159]) im übrigen mit Beobachtung derſelben Formen verfahren, wie bei Anlegung neuer Grenzen (ſ. S. 893) und bei dem Beweis auf angeſtellte vindicatio finium (ſ. S. 897). Laſſen ſich die alten Grenzen nicht auffinden, auch ſich eine Vereinigung unter den Parteien nicht zu Stande bringen; ſo bewirkt der Richter die Grenzregulirung [160]) ſelbſt, wobei er in derſelben Maße verfährt, dabei beſonders den ganzen in Verwirrung gekommenen Flurdiſtrict vermeſſen läßt, nach den Antheilen der einzelnen Adjacenten, wie ſolche durch Grund- und Lagerbücher, Acquiſitionsurkunden und andere Beweismittel eruirt werden, einem Jeden nach Verhältniß ſeiner Theilnahme an der verworrenen Maſſe in Gemäßheit der Societätsregel und nach billigem Ermeſſen einen Antheil zutheilt, danach aber die Grenze ordnet. Ja wenn die Grenzen zum Theil bekannt ſind, darf der Richter ſogar, zu möglichſter Erlangung einer geraden Linie Etwas von dem Grundſtücke des Einen dem Anderen zuerkennen (adiudicatio) und dieſem dagegen eine Geldzahlung an jenen auflegen (condemnatio) [161]).

Oft erheiſcht die Nothwendigkeit, daß, namentlich zur Verhütung von Thätlichkeiten (vergl. S. 900), für die Dauer des Prozeſſes ein Proviſorium angeordnet werde. Dieß geſchieht dadurch, daß eine interimiſtiſche Grenzlinie gezogen und die Grenznachbarn vorläufig ſo in den Beſitz eingewieſen werden, oder äußerſten Falles ſo, daß das ſtreitige Stück ſequeſtrirt wird [162]). Der Gerichtsſtand iſt, nach der Natur der Sache, das forum rei sitae. Wird durch die Privatgrenze zugleich die Gerichtsgrenze gebildet, ſo vereinigen ſich beiderſeits Gerichte zu einem gemiſchten Gerichte (vergl. S. 885). Sind dieſe freilich auch über die Gerichtsgrenze im Streite, ſo muß die Sache an die nächſte Oberinſtanz zur Anordnung des Nöthigen gebracht werden. Concurrirt die Landesgrenze, ſo hat die Regierung nach obigem Grundſatze (S. 884) das Erforderliche zu verfügen, wobei rückſichtlich des Privatrechtspunktes auch ein gemiſchtes Gericht wird entſcheiden müſſen [163]). Die Verjährung in Bezug auf Grenzrecht anlangend, ſo wurde die controversia de fine (ſ. S. 896 u. 898) von Theodoſius II. gar keiner, von Anaſtaſius der vierzig-, von Juſtinian der dreißigjährigen Verjährung unterworfen [164]); doch iſt dieß letztere, da der Zuſtand jeder Verwirrung, an ſich und ſeiner Natur nach, nicht in einen feſtſtehenden übergehen kann, nur von der actio finium regundorum qualificata (ſ. S. 899)

---

159) Glück a. a. O. S. 459.

160) Seweloh, in der angeführten Schrift. Hofer, Handbuch über die Abrainungen der Grundſtücke. Prag 1817.

161) §. 6. J. de officio iudicis. (4. 17.) L. 2. §. 1. L. 3. D. finium regundor. (10. 1.) Puchta a. a. O. §. 138, S. 393 und §. 139, S. 394. Weiske a. a. O. §. 131. Hagemann a. a. O. §. 163. Glück a. a. O. §. 722, S. 461 flg. v. Wening-Ingenheim a. a. O.

162) Puchta, über Proviſorien in der angez. Zeitſchr. für Civilr. und Proz. Bd. 5, Hft. 1, Nr. VII, S. 131.

163) Wagner, Zeitſchr. für öſterreich'ſche Rechtsgelehrſamkeit Bd. 2, S. 133.

164) Reinhardt, die usucapio und praescriptio des römiſchen Rechtes (Stuttgart 1832), §. 121.

zu verſtehen, während die, den Zuſtand der Verwirrung vorausſetzende actio finium regundorum simplex unverjährbar iſt[165]). Buddeus.

Güterrechte der Ehegatten. Aus dem Weſen der Ehe folgt ein rechtlicher Einfluß auf die Vermögensverhältniſſe der Ehegatten überall nicht. Die Gemeinſchaftlichkeit des Lebens unter Ehegatten kann beſtehen, ohne daß einer derſelben von ſeinen Vermögensrechten irgend etwas verliert, und ohne daß in Anſehung des Erwerbes oder Verluſtes ſolcher Rechte irgend eine Modification herbeigeführt wird. — Die Ehe führt aber, vermöge der Verſchiedenheit der Stellung der Geſchlechter in Beziehung auf die Fähigkeit zur Ausübung und zum Schutze von Rechten, ein anderes Verhältniß mit ſich; nämlich eine dem Manne als dem Haupte der Familie untergeordnete Stellung der Frau als eines Gliedes der Familie deſſelben. — Durch dieſes Verhältniß ſehen wir in den erſten hiſtoriſchen Anfängen der für unſer jetziges Recht in Betracht kommenden Rechtszuſtände einen Einfluß der Ehe auf die Vermögensverhältniſſe der Gatten vermittelt. — So bei der mit der ſtricten römiſchen Ehe verbundenen manus mariti, vermöge welcher die Frau gleich einem Kinde des Mannes (filiae loco) ſich dergeſtalt in der Gewalt des Mannes befindet, daß ihre vermögensrechtliche Perſönlichkeit ein Beſtandtheil der ſeinigen iſt und hinfolglich auch ihre ſämmtlichen Vermögensrechte die ſeinigen ſind; und daß dieſe Wirkung ihren Grund nicht in der Ehe ſelber, ſondern in dem durch die Ehe hervorgerufenen Familienverhältniſſe hat, zeigt ſich nicht allein darin, daß die Frau des Mannes, der nicht ſelber Familienhaupt iſt, ſondern ſich in einer fremden potestas befindet, zu dem Inhaber dieſer potestas in einem ähnlichen Verhältniſſe ſteht[1]), ſondern auch darin, daß ſie mit der freien Ehe nicht verbunden iſt. — Eine ähnliche Unterwürfigkeit findet ſich in dem Mundium des teutſchen Ehemannes über die Frau; aber es iſt hier nicht die vermögensrechtliche Perſönlichkeit der Frau in die ſeinige übergegangen, ſie iſt ihr vielmehr verblieben, aber vermöge der Gewere, welche er an ihren Gütern hat, liegt der rechtliche Schutz derſelben allein in ſeiner Hand, während der Schutz ihrer Perſon ihm vermöge ſeiner ehelichen Vogtei zuſteht[2]). Schon hier zeigt ſich eine weſentliche Ver-

---

165) L. 5 u. 6. C. finium regundorum. (3. 39.) L. 6. §. 1. de annali except. (7. 40.) Alciatus, tract. finium regundorum sive de quinque pedum praescriptione. Col. 1590. Ayrer, de praescriptione limitum. Berger, oeconomia iuris L. III. Tit. VI. th. 4. not. 7. Leyser l. c. Vol. VII. spec. 454. med. 11. 12. 13. Hagemann a. a. O. §. 164. Glück a. a. O. §. 719, S. 451 flg. Schweppe a. a. O. §. 600 a. E. Mühlenbruch l. c. §. 424.

1) Denn iſt ſie auch nicht in deſſen manus, ſo iſt ſie doch in ſeiner familia und ſeine sua (Cai. J. III. 3. I. 111. II. 159.). Vgl. Zimmern, Geſch. des röm. Privatrechtes I. §. 226 mit §. 122. Mühlenbruch in Heinecc. Antiq. Rom. ed. Mühlenbr. I. Tit. 10. §. 6. not. i. et ibid. cit. und §. 6—14. ibid.

2) Albrecht, die Gewere u. ſ. w. §. 2. Sächſ. Landr. I. 31. §. 2, 45. §. 2. Schwäb. Landr. (v. d. Lahr) 313. 1. Vgl. Runde, teutſches eheliches Güterrecht §. 6, S. 11 flg. und daſ. Cit.

ſchiedenheit in der Grundform dieſer Verhältniſſe. Bei der manus innere Vereinigung der Vermögensverhältniſſe und Rechtloſigkeit der Frau dem Manne gegenüber; bei dem Mundium Sonderung zwiſchen Mann und Frau, und Berechtigung der Frau dem Manne gegenüber; aber Abhängigkeit der Frau in Anſehung des Schutzes ihrer Rechte von dem Manne, alſo Beſchränkung derſelben auf einen Anſpruch auf Schutz, auf mittelbaren Schutz, und blos in Anſehung der äußeren Seite der Vermögensrechte eine Vereinigung in der Hand des Mannes. Und von dieſer äußeren Vereinigung ſind denn auch die altteutſchen Paroemien: Mann und Weib haben nicht gezweit Gut an ihrem Leibe, oder in ihrem Leben [3]), zu verſtehen. — Die Unfähigkeit des weiblichen Geſchlechtes in Anſehung der Ausübung und des Schutzes von Rechten verlor ſich indeß im Laufe der Zeiten, oder ließ nur die Folge übrig, daß die Zuziehung eines Beiſtandes ein den Willen des Weibes überall nicht unwirkſam machendes förmliches Erforderniß gewiſſer Handlungen jener Art wurde, wie bei der ſpäteren teutſchen Geſchlechtscuratel. In ſofern ſich die früheren Einwirkungen auf die Vermögensverhältniſſe während der Ehe noch erhielten, konnten ſie nun als eine Folge der Unterwürfigkeit der Frau unter die Gewalt oder den Schutz des Mannes nur dann noch erſcheinen, wenn man dieſe als alleinige Folge der Ehe, und nicht als eine Folge jener Unfähigkeit anſah; wenn man eine gleiche Unterwürfigkeit der Frau, wie ſie in Anſehung der ſonſtigen Lebensverhältniſſe durch die Ehe begründet wird, auch in Anſehung ihrer vermögensrechtlichen Verhältniſſe annahm. Sonſt konnte nur die Ehe ſelber als der thatſächliche Grund dieſer Einwirkungen erſcheinen. Es war aber nicht immer die Ehe allein, welche ſolche Einwirkungen mit ſich führte; es wurden vielmehr nicht ſelten noch beſondere Dispoſitionen dazu erfordert, deren Wirkſamkeit aber durch die Ehe bedingt war, wie bei der römiſchen dos, nach der Regel: dos sine matrimonio non intelligitur. — So iſt es denn auch nach dem geltenden Rechte, und auf dieſes geſehen, muß man den Begriff der Güterrechte der Ehegatten dahin beſtimmen: daß ſie diejenigen vermögensrechtlichen Verhältniſſe der Ehegatten ſind, welche durch die Ehe begründet werden oder von derſelben abhängen. — Die verſchiedenartigſten auf die ſonſtigen Verhältniſſe der Ehegatten zu einander und zu ihren Kindern, ſo wie zu deren Verwandtſchaften ſich erſtreckenden Berückſichtigungen, und die verſchiedenartigſten Anſichten und Auffaſſungsweiſen, haben indeß hier zu den verſchiedenartigſten Geſtaltungen geführt. — Das Güterrecht der Ehegatten kann als ein Theil der Familienverfaſſung bezeichnet werden, und hier wird jede Geſetzgebung, die nicht Willkür zu ihrem Principe erheben will, das einmal Beſtehende anerkennen müſſen, ſo unbequem auch die Verſchiedenheit dem Fachjuriſten ſein mag [4]). Die thatſächliche Theilnahme am Vermögensgenuſſe,

3) Sächſ. Landr. I. 30. §. 1. Schwäb. Landr. 256. 2.

4) Nur muß man nicht Alles als etwas Beſtehendes betrachten, was in den Darſtellungen der Juriſten ſteht; nicht dasjenige, was nach von außen,

welche allerdings die mit der Ehe verbundene Lebensgemeinſchaft nach ſich zieht[5]), hat ſich in dieſer Verfaſſung zu einem rechtlichen Verhältniſſe geſtaltet; die Fortdauer dieſes Genuſſes, welche die freiwillige Fürſorge des einen Gatten dem anderen nach ſeinem Tode zu ſichern ſuchen wird, iſt oft ſchon durch das Geſetz beſtimmt; und die Rechte vorhandener Kinder ſo wie der Schutz des Ueberlebenden, dem ſie und ihr Vermögen unterworfen ſind, haben wiederum Modificationen in dieſen geſetzlichen Beſtimmungen veranlaßt. Demnach muß unterſchieden werden: 1) das Verhältniß während der Ehe, 2) das Verhältniß des überlebenden Ehegatten bei kinderloſer Ehe, 3) das Verhältniß deſſelben, wenn Kinder aus der aufgelöſten Ehe vorhanden, und endlich kommt auch 4) noch das Verhältniß bei eintretender Scheidung in Betracht. — Dieſe Verhältniſſe geſtalten ſich denn nach den verſchiedenen Güterrechtsſyſtemen verſchieden, und deren ſind drei Hauptarten zu unterſcheiden: I. getrenntes Güterverhältniß, II. äußere und III. innere Gemeinſchaft. —

I. Das getrennte Güterverhältniß beſteht ſeinem Weſen nach darin, daß wenigſtens 1) während der Ehe kein Ehegatte an den Gütern des anderen irgend ein Recht hat, welches durch das eheliche Verhältniß begründet iſt. — Es iſt alſo in ſofern gar kein Verhältniß und ſein Begriff involvirt die Negation eines ſolchen. Dieß ſetzt aber voraus, daß auch die Ehefrau vollkommen freie Dispoſitionsbefugniß über ihr Vermögen hat, und konnte alſo ſo lange und inſofern nicht ſtatt finden, als das eheliche Mundium ſich in ſeiner urſprünglichen Bedeutung erhielt; während die neuere Geſchlechtscuratel einer ſolchen Stellung der Ehegatten überall nicht entgegenſteht. Denn wenn auch dieſe Curatel regelmäßig dem Ehemanne als dem Schützer der Frau zu Theil wird, ſo bleiben deſſenungeachtet alle ihre Angelegenheiten betreffenden rechtlichen Handlungen von ihrem Willen abhängig, während bei dem Mundium oder der ehelichen Vormundſchaft der Wille des Mannes entſcheidet; und zuweilen beſteht dieſe letztere, wo die erſtere gänzlich aufgehört hat, z. B. im Herzogthum Sachſen-Altenburg. — Im heutigen poſitiven Rechte bildet indeß das getrennte Güterverhältniß den Gegenſatz zur Gütergemeinſchaft. Eine ſolche Gemeinſchaft darf man aber, wenn man die Begriffe nicht verwirren will, nur da annehmen, wo mehrere in ſolcher Beziehung auf ein vermögensrechtliches Verhältniß ſtehen, daß man ein beſonderes beſtimmt begrenztes Recht in ihrem Verhältniſſe zu einander nicht unterſcheiden kann. Wo alſo eine ſolche Unterſcheidung möglich iſt, da muß, wenn auch der eine Ehegatte ſein Recht erſt durch die Ehe aus dem Vermögen des anderen erworben hat, z. B. der Mann einen Nießbrauch an den Vermögensgegenſtänden der Frau, ein getrenntes eheliches Güterverhältniß angenommen werden.

---

oft aus fremdartigen Inſtituten, herzugetragenen Anſichten von der Doctrin aufgeſtellt und nur inſofern zur Wirkſamkeit gelangt iſt, daß hin und wieder im Prozeſſe darnach entſchieden worden. Dann ſind auch gegen jene Anſicht nicht: Runde a. a. O. §. 183, S. 391, 392 und daſ. Cit.

5) Vgl. Runde a. a. O. §. 1, S. 1, 2.

Dieſes beſteht alſo überall wo, und in ſoweit als, ſich keine Gemeinſchaft in der angegebenen Bedeutung findet. — Ein ſolches getrenntes Güterverhältniß iſt heut zu Tage als das gemeinrechtlich geltende anzuſehen, weil es das des neueren römiſchen Rechtes iſt; dem man auch in dieſer Materie ſeine gewöhnliche Geltung nicht verſagen kann [6]), wenn gleich ſeine Anwendbarkeit hier im hohen Grade eingeſchränkt iſt. Bei dieſem Verhältniß iſt denn die Ehe, auch während der Dauer derſelben, nicht ohne Einfluß auf die beſonderen Vermögensrechte der Ehegatten; ſie kann den Erwerb eines Rechtes a) bedingen, b) hindern und c) ein Recht begründen. — Die Ehe bedingt den Erwerb von Dotalrechten; nämlich von ſolchen, welche zwar zum Vermögen der Frau gehören, deren Ausübung aber zu dem Zwecke in die Hände des Mannes gelegt iſt, um dadurch die Laſten der Ehe zu beſtreiten. Denn dieſe Rechte ſind mit der Ehe allein noch nicht gegeben, ſondern bedürfen außer derſelben noch einer anderweitigen Begründung; auch ſind ſie an und für ſich ſelber betrachtet nicht gerade ſolche Rechte, welche dem ehelichen Verhältniſſe ausſchließlich eigen wären. Namentlich gilt letzteres von den Rechten, welche der Mann an der Dos erwirbt. Denn hier wird die Ausübung derſelben dem Manne entweder dadurch eingeräumt, daß ihm das ganze Recht erworben, oder zu ſeinem Gunſten ein Recht aufgegeben wird, und dem Vermögen der Frau davon weiter nichts verbleibt oder zu Theil wird, als ein Anſpruch auf eine Erfüllung der Zweckbeſtimmung und eine Forderung auf Erſtattung des ihm dadurch erworbenen Vermögenswerthes (inſofern er nicht durch jene Zweckbeſtimmung als conſumirt zu betrachten iſt, wie die Früchte), oder Wiederherſtellung des aufgehobenen Rechtes, z. B. der Servitut [7]), wiewohl dieſe Forderung auch dritten Perſonen zuſtehen kann; oder es entſteht eine Theilung von Eigenthumsbefugniſſen. Der letztere Fall tritt ein, wenn ein körperlicher, alſo auch ſpeciell beſtimmter, Gegenſtand dem Manne zur Dos gegeben wird; alſo nicht etwa gegen einen, wenn auch erſt nach Auflöſung der Ehe zu entrichtenden, Preis übertragen wird. Denn wenn auch die geſetzlichen Ausſprüche nicht ganz darin übereinſtimmen, ob dem Manne oder der Frau in dieſem Falle das Eigenthum zuſteht, ſo iſt doch ſo viel gewiß, daß der Mann während der Ehe die Ausübung aller Eigenthumsrechte hat, jedoch mit Ausnahme der Veräußerung und Verpfändung von Immobilien und der Befugniß die Erzeugniſſe der Dotalgegenſtände, inſofern ſie zu den eigentlichen Früchten nicht gehören, ſich ſelber zu

---

6) Vgl. Runde a. a. O. §. 4, S. 6—8. — Dieſe gemeinrechtliche Geltung ſchließt aber gemeinrechtliche Principien über andere Güterverhältniſſe nicht aus.

7) L. 57. D. sol. matrim. (24. 3.) L. 78. pr. D. de iure dot. (23. 3.) So auch Aufgebung einer das Eigenthum der Frau beſchränkenden Servitut: L. 78. §. 2. D. eod. Ueber Servituten, welche das Eigenthum Dritter beſchränken: L. 66. D. eod. Ueber den Fall, wo dotis causa dem Manne eine Liberation ertheilt: L. 43. D. eod. S. den Art. Brautgabe Note 93—98, Note 137 flg.

erwerben [8]). Dieſe Beſchränkungen laſſen aber die Annahme ſehr bedenklich erſcheinen, daß ihm das Eigenthumsrecht ſelber zuſtehe. — Am treffendſten ſpricht ſich das Verhältniß demnach aus in L. 75 D. de jure dotium 23. 3: Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. — Und wenn demnach ein Dotalſtück dasjenige bezeichnet wird: cuius dominium marito quaesitum est [9]), und der Mann pro dote uſucapirt [10]); ſo folgt daraus nicht mehr, als daß er vermöge der Conſtituirung eines Gutes zur dos in Anſehung deſſelben zu Erwerbhandlungen befähigt, und der von ihm gemachte Erwerb des Eigenthums eine Acquiſition für das Vermögen der Frau iſt. Zu Juſtinian's Zeit, als der eigentlich civilrechtliche Begriff vom dominium ſich verwiſcht hatte, und ihm ein in bonis esse [11]) gleichgeſtellt wurde [12]), nannte man den Mann den dominus des Dotalſtücks [13]), erkannte es aber an, daß das Eigenthum ſeinem Weſen nach (naturaliter) der Frau zuſtehe [14]). — Eine ſolche Befugniß zur Ausübung der Eigenthumsrechte bei einem Nichteigenthümer findet ſich aber auch bei dem Pfandgläubiger, dem Emphyteuta und dem Superficiar; und daß das Verhältniß des Mannes zur Frau in Anſehung des Dotalſtückes dem Verhältniſſe des Pfandgläubigers zum Pfandſchuldner in Anſehung des Pfandſtückes gleich ſteht, zeigt ſich in den Beſtimmungen über die Wirkungen der res iudicata [15]). — Allein die Rechte der Frau haben hier einen dem Dotalrechte eigenthümlichen Charakter; einestheils dadurch, daß ihr Dotalrecht als ſolches nur durch den Erwerb jener Befugniſſe des Mannes ihr erworben werden kann, weßhalb denn auch, ſo lange die Ehe noch nicht erfolgt iſt, die ihm dotis causa eingeräumten

8) Vgl. den Art. Brautgabe Note 234 flg. — Daß die Befugniß zur Ausübung eines Rechtes ein von dem Rechte ſelber verſchiedenes Recht ſein könne, beſtreitet freilich Haſſe, Reviſion der bisher. Theorie v. d. ehel. Gütergem. §. 16, S. 35 flg. Allein das poſitive Recht hat doch Beiſpiele davon aufzuweiſen (ſ. noch Note 14), in denen die Ableitung des Rechtes der Ausübung von dem Inhaber des Rechtes ſelber nur in Beziehung auf die Zuſtändigkeit des Rechtes in Betracht kommt.

9) L. 13. §. 2. D. de fundo dotali. (23. 5.) Vgl. L. 23. C. de iure dot. (5. 12.) L. 81. D. eod.

10) Tit. D. pro dote. (41. 9.)

11) Vgl. L. 52. D. de A. R. D. (41. 1.) Caii J. II. 40.

12) L. un. C. de nudo iure Quir. toll. (7. 25.)

13) Pr. J. cit. — Im Sinne der L. un. C. cit. iſt dieſe Bezeichnung auch nicht unpaſſend. — Wenn Cajus ſich derſelben Bezeichnung bedient, ſo redet er dabei von dem Falle, wo der Mann durch in iure cessio mancipatio oder usucapio dotis causa quiritariſches Eigenthum erlangt hat. — Cai. J. II. 62. 63.

14) L. 30. C. de iure dot. (5. 12.) Wenn Juſtinian hier ſagt: daß die res dotales nach der legum subtilitas zum patrimonium oder zur substantia des Mannes gehörten; ſo liegt hierin eigentlich nicht mehr, als daß darnach der Mann ſie in bonis habe. — Das in bonis habere, welches der Frau in L. 4. D. de collatione (37. 6.) in Anſehung der dos zugeſchrieben wird, kann nur in dem Sinne verſtanden werden, daß ſie dadurch bereichert iſt. S. indeß den Art. Brautgabe Note 219—235.

15) L. 63. D. de re iudicata. (42. 1.)

Rechte ſelber, nicht etwa blos deren Ausübung, ihm erworben werden[16]); anderentheils dadurch, daß ihm beſondere Vorzüge (das privilegium dotis u. ſ. w.) beigelegt ſind, die daſſelbe gegen nachtheilige Handlungen des Mannes und gegen die Angriffe der Gläubiger deſſelben ſichern[17]). — Dieſe Rechte der Frau ſind es denn auch, welche durch die Ehe bedingt ſind, und auf welche die Regel: dos sine nuptiis non intelligitur[18]), ſich bezieht. — Es ſind auch dieſe Rechte überall nicht davon abhängig, daß das Dotalgut aus dem Vermögen der Frau, oder auch nur aus dem Vermögen derjenigen, welche eine Dos für ſie zu beſtellen verpflichtet ſind, herrührt; ſondern ſie werden ihr ebenfalls erworben, wenn ein Dritter aus ſeinem Vermögen freiwillig eine dos dem Manne beſtellt; wiewohl dann, wenn er für den Fall der Auflöſung der Ehe ſich die Rückforderung ausbedungen, das Recht der Frau ſich auf einen Anſpruch auf eine dem Zwecke der dos gemäße Benutzung beſchränken muß[19]). — Und dieſes Recht kommt nur zur Ausübung, wenn der Mann während der Ehe inſolvent wird oder eine ſchlechte Haushaltung führt, indem ſie dann die ihm ſonſt zuſtehende Befugniß der Ausübung der Rechte, welche die dos bilden, zum Zwecke der Ehe für ſich in Anſpruch nehmen kann[20]). Die Ehe bedingt ferner auch den Erwerb der im römiſchen Rechte vorkommenden donatio propter nuptias von Seiten der Frau. Die richtige Anſicht über dieſes ſo wenig aufgeklärte Inſtitut[21]) ſcheint die zu ſein, daß daſſelbe ein gewiſſes Gut während der Ehe ganz in das rechtliche Verhältniß des Dotalgutes ſetzt; wiewohl die zur Sicherung deſſelben dienenden Vorzüge geringer ſind als die des eigentlichen Dotalgutes[22]). So wie das Dotalgut als ſolches der Frau durch eine Handlung des Mannes erworben wird, eben ſo macht ſie auch auf dieſelbe Weiſe den Erwerb der donatio propter nuptias; die Verſchiedenheit beſteht blos darin, daß der Stoff für die letztere aus dem Vermögen oder von der Seite des Mannes herrührt, und darnach der Rückfall oder Anfall deſſelben bei Auflöſung der Ehe ſich anders

16) Vgl. L. 7. §. 3. D. de iure dot. (23. 3.) L. 1. §. 1. D. pro dote. (41. 9.)

17) L. 30. C. de iure dot. (5. 12.) L. un. §. 1. C. de rei uxor. act. (5. 13.) Nov. 97. c. 2. Vgl. den Art. Brautgabe Note 589—598, 604 flg.

18) L. 3. 21. 22. D. de iure dot. S. den Art. Brautgabe Note 4 flg., Note 129 flg.

19) Vgl. Thibaut, Syſtem des Pandektenr. §. 346 unter C.

20) L. 24. pr. D. sol. matrim. (23. 3.) L. 29. 30. C. de iure dot. (5. 12.) Nov. 97. c. 6. pr. (si male res maritus gubernet). — S. indeß den Art. Brautgabe Note 379. — Wenn der Mann im Falle des Wahnſinnes der Frau ſie hilflos läßt, und die dos nicht zu ihrem Zwecke benutzt, kann dieſe ſequeſtrirt werden. L. 22. §. 8. D. soluto matrim. (24. 3.)

21) Gegen die Anſichten, daß ſie ein bedingtes Geſchenk an die Frau ſei, daß ſie erſt wirkſam werde, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöſt und Kinder aus derſelben vorhanden: v. Löhr, im Arch. für civ. P. XV. S. 431 flg.

22) Nov. 60. c. 1. Nov. 109. c. 1. Vgl. Thibaut a. a. O. §. 347.

geſtaltet[23]). Da dieſe Rechte der Frau, welche unter Dotalrechten im allgemeineren Sinne befaßt werden können, durch das Verhältniß der Ehe ihre beſondere Qualification erlangen, ſo unterſcheiden ſie ſich dadurch auch von demjenigen Erwerbe, der blos in Beziehung auf die Ehe gemacht wird, und daher auch in gewiſſer Hinſicht von derſelben abhängt. Dahin gehört der Mahlſchatz (arrha sponsalitia) und die Brautgeſchenke (sponsalitia largitas), welche wenigſtens durch verſchuldete Nichteingehung der Ehe verloren gehen[24]); ſo wie auch die Morgengabe, als ein nach teutſchen Sitten zuweilen gebräuchliches Geſchenk, welches der Mann der Frau alsbald nach der Vollziehung der Ehe macht, durch welches ſie das ihr dadurch eingeräumte Recht ſofort ſich allein erwirbt[25]). Kann letztere auch nicht, wie man zuweilen geſagt hat, als ein pretium virginitatis angeſehen werden, ſo tritt dabei doch die Idee einer Vergeltung für die consummatio matrimonii hervor; und es finden ſich Anerkennungen dafür, daß ihre Giltigkeit davon abhängt, daß ſie ſofort nach dem erſten Beilager gegeben wird[26]). — Die Ehe hindert dahingegen den Erwerb eines Rechtes vermöge der Vorſchrift, daß Schenkungen unter Ehegatten während der Dauer derſelben überall nicht wirkſam werden können[27]). — Die Ehe begründet ein Recht des Ehemannes gegen dritte Perſonen, welche verpflichtet ſind für die Frau eine dos zu beſtellen, ſie deßhalb in Anſpruch zu nehmen[28]). Es ſind aber hier noch einige Fälle zu betrachten, in denen nach teutſchen Rechten die Ehe ein Recht des einen Ehegatten in Anſehung der Güter des anderen erzeugt. — Die Gewere des Ehemannes im älteren teutſchen Rechte führte zwar eine innere Vereinigung der Vermögensrechte nicht mit ſich; jedoch hatte der Mann an den der Frau eigenthümlich verbleibenden von ihr eingebrachten Gütern einen Nießbrauch[29]). Ein ſolcher Nießbrauch des Mannes an dem der Frau ausſchließlich verbleibenden Vermögen iſt bisweilen, namentlich in oldenburgiſchen Gegen-

---

23) Vgl. v. Löhr a. a. O. S. 432, 460.

24) S. den Art. Brautgeſchenke.

25) Eichhorn, Einleitung in das teutſche Privatr. §. 303. Jedoch kommt auch eine Morgengabe in anderer Bedeutung vor. S. unten Note 45.

26) Dortmund. Rechtsſprüche bei Wigand, Arch. für die Geſchichtskunde Weſtphalens IV. S. 425. — Vgl. auch Mittermaier, Grundſätze des gem. teutſch. Privatrechtes §. 348, Note 5, 6, 7.

27) Nämlich auch dann nicht, wenn ihre Beſtändigkeit nicht davon abhängt, daß der Beſchenkte den Schenker überlebt und dieſer nicht widerruft, ſondern bei der Trennung der Ehe gemacht ſind (L. 11. §. 11. L. 12. D. de donat. int. v. et uxor. [24. 1.]); es ſei denn, daß ein Fall vorliege, wo ſie ausnahmsweiſe ſofort giltig wird. Vgl. Thibaut a. a. O. — S. auch ſächſ. Landr. I. 21. und Mittermaier a. a. O. §. 411 vgl. mit §. 401, Note 19, 20.

28) Vgl. Thibaut a. a. O. §. 336.

29) Sächſ. Landr. III. 76. §. 3. Schwäb. Landr. nach C. 342. Dieſes Recht des ſächſ. Landr. gilt auch noch in Kurſachſen: Kurſächſ. verb. Prozeßordn. Tit. 39, §. 21.

den [30]), ſo wie nach preußiſchem Landrechte [31]) auch jetzt noch die Folge der Ehe. — Man hat dieß Verhältniß als die nießbräuchliche Gütergemeinſchaft bezeichnet [32]). Allein wie man auch dieſes Recht des Mannes betrachtet, ob als ein eigenthümlich teutſches Gebrauchsrecht, oder als einen römiſchen Uſusfruct, ſo iſt doch daſſelbe, ähnlich wie bei der dos, ein anderes als das der Ehefrau an ihrem Vermögen; nur die Objecte ſind den beiderſeitigen Rechten gemeinſam. Allein dieſe letztere Gemeinſamkeit kann eben ſo wenig eine Gütergemeinſchaft bilden, als eine ſolche zwiſchen römiſchen Miteigenthümern beſteht; und man kann jene eben ſo wenig eine communio bonorum usufructuaria, als dieſe eine communio bon. proprietaria [33]) nennen. — Nur dem Einfluſſe römiſcher Anſichten wird es zugeſchrieben werden können, daß teutſche Statute auch ein Verhältniß kennen, nach dem die Ehe jedem Ehegatten an dem von dem anderen herrührenden Gute einen ideellen Antheil ertheilt [34]). Auch dieſes Güterverhältniß muß nach dem Geſagten als ein getrenntes betrachtet werden. Zwar hat daſſelbe auch in Anſehung der Schuldenhaftung eine ähnliche Wirkung wie eine Gütergemeinſchaft; allein dieſe Haftung des einen Ehegatten für die von dem anderen contrahirten Schulden wird hier durch die Idee einer Bürgſchaft vermittelt, und pflegt gewiſſen Einſchränkungen unterworfen zu ſein, z. B. daß die Ehefrau nur für diejenigen Schulden des Mannes ſchlechthin verhaftet wird, die er am Wohnorte contrahirt hat, wegen der anderswo contrahirten Schulden aber nur, wenn ſie mit ihrem Wiſſen gemacht worden ſind, wobei man ſie dann vom Gebrauche der römiſchen Beneficien ausſchließt [35]).

Wird 2) die Ehe durch den Tod aufgelöſt, ſo kann, bei gänzlicher Getrenntheit der Güterverhältniſſe der Ehegatten der Natur der Sache nach dieſer Umſtand überall keinen Einfluß auf dieſelben haben. Allein ſind beſondere Rechte des einen Theiles durch die Fortdauer der Ehe bedingt, z. B. ein Nießbrauch des Ehemannes, ſo müſſen dieſe untergehen, und auf der anderen Seite können, und zwar ſelbſt durch das Erlöſchen dieſer Rechte, beſondere Verhältniſſe als Folge der früher beſtandenen Ehe hervorgerufen werden. — Dieß tritt zunächſt in Anſehung der Dotalgüter ein. Die Rechte des Ehemannes erlöſchen, und in Ermangelung anderer Dispoſitionen muß dieß die Folge herbeiführen, daß nun dieſe Güter von jenen beſchränkenden Rechten frei und der unbeſchränkten Dispoſition der Ehefrau unterworfen werden; und wenn durch ihren Tod die Ehe aufgelöſt worden, dieſe Güter mit gleicher Unbeſchränktheit ihren Erben zufallen. — Jedoch treten dabei Modifica-

30) Runde a. a. O. §. 26, S. 60 flg.
31) Th. 2, Tit. 1, §. 231 flg.
32) Runde a. a. O.
33) Vgl. indeß Eichhorn a. a. O. §. 311, Note 6.
34) Nürnberger Reformation Tit. 28, Art. 1. Württemb. Landr. Th. 3, Tit. 7, §. 2.
35) Vgl. Coburger Stat. Art. 11. Hildburghauſer Stat. Art. 10. Lotz, im Anhange zu Ortloff, Statuten von Coburg S. 80, 81, 83.

tionen ein, welche von dem Urſprunge dieſer Güter abhängen. Diejenigen eigentlichen Dotalgüter nämlich, welche aus dem Vermögen des Vaters oder väterlicher Aſcendenten herrühren (dos profectitia), werden, wenn die überlebende Frau ſich noch in der patria potestas befindet, oder wenn die verſtorbene Frau in einer ſolchen potestas verſtarb, dem Inhaber dieſer potestas unterworfen, wiewohl ſie nur in dieſem letzteren Falle ihm unbeſchränkt anheimfallen, und er im erſteren bei der Zurückforderung an die Zuſtimmung der Frau gebunden iſt und dieſe das Recht behält, daß dieſe Güter bei ihrer etwaigen Wiederverheurathung ihrem anderen Ehemanne wiederum zur dos gegeben werden und ſie beim Tode des Inhabers der potestas über ſie ihr ausſchließlich verbleiben. An den zur donatio propter nuptias beſtimmt geweſenen Gütern hat aber das römiſche Recht ſo wenig der lebenden Frau als deren Erben für dieſen Fall irgend ein Recht zugeſtanden, ſondern ſich vielmehr nur dafür ausgeſprochen, daß dem Manne in Anſehung derſelben eben dieſelben Rechte zuſtehen, wie der Frau in Anſehung der Dotalgüter[36]. — In Teutſchland iſt dahingegen hin und wieder ein Inſtitut unter dem Namen der donatio propter nuptias, auch contrados, Widerlage, Gegenvermächtniß genannt, bekannt geworden, wodurch ein gewiſſer vom Manne herrührender Vermögenstheil mit dem eingebrachten Heurathsgute der Frau dergeſtalt in daſſelbe Verhältniß geſetzt wird, daß er der überlebenden Ehefrau neben ihrem Eingebrachten verbleibt oder zufällt[37]. —

Alle dieſe Dotalverhältniſſe römiſcher Art ſind aber nicht geſetzlich beſtimmte Folge der Ehe allein, und zwar ſelbſt dann nicht, wenn beide Ehegatten Vermögen haben, welches den Stoff zu ihrer Entſtehung liefern kann; ſie ſetzen immer eine freiwillige Begründung voraus, wenn auch andere Perſonen unter gewiſſen Umſtänden genöthigt werden können, den Stoff zu dieſer Begründung zu liefern. Nur eine bedingte geſetzliche Nothwendigkeit findet ſich nach neuerem römiſchen Rechte in Anſehung der Beſtellung einer donatio propter nuptias von Seiten des Ehemannes, nämlich in der Art bedingt, daß ſie eintritt, ſobald er einmal ein Dotalverhältniß im engeren Sinne begründet hat[38]. Dieſe Vorſchrift iſt aber in Teutſchland nie angewendet worden. — So wie aber teutſche Rechte als ſich von ſelber verſtehende Folge der Ehe ſchon für die Dauer derſelben gewiſſe Befugniſſe des einen Ehegatten in Anſehung der Güter des anderen eintreten laſſen, ſo haben ſie ebenfalls

---

36) S. den Art. Brautgabe nach Note 384 und über die donatio propter nuptias: L. 18. C. de nuptiis. (5. 3.) L. 31. §. 1. C. de iure dot. (5. 12.) Nov. 22. c. 20. vgl. mit L. 8. C. de repudiis. (5. 17.) L. 9. L. 10. C. de pact. conv. (5. 14.) Löhr, Arch. für civ. P. XV. S. 432.

37) So die Beſſerung gegen den Brautſchatz, welche der überlebenden Frau, wenn die Ehe kinderlos iſt, zufällt nach Dithmarſcher Landrecht Art. 34, §. 3, 10.

38) Arg. Nov. 91. c. 2., wornach, wenn der Mann die Entgegennahme und alſo auch die Conſtituirung der dos verweigert, die Frau Anſpruch auf eine donatio propter nuptias hat, als wenn eine dos conſtituirt worden wäre.

derartige Rechte für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod begründet. Hierher gehören folgende Inſtitute:

a) Die den ſächſiſchen Rechten eigenthümlichen[39]) Inſtitute der Gerade, der bei adligen Wittwen vorkommenden Morgengabe und des Mußtheiles; vermöge welcher gewiſſe Güter aus dem Nachlaſſe des Mannes der überlebenden Frau als Eigenthum zufallen. Die Gerade, worunter hier die Wittwen-Gerade, im Gegenſatze derjenigen Gerade, welche ſich bei der Beerbung weiblicher Verwandten von deren Nachlaß ausſondert, verſtanden wird, — beſteht in ſolchen Gegenſtänden, welche ſich während der Ehe unter der Verwaltung und in der Benutzung der Hausfrau zu befinden pflegen, es ſei nun zu ihren eigenen Bedürfniſſen, wie z. B. ihre Kleider, ihr Schmuck, oder zu denen des Haushaltes, wie Leinen, Garn, Wolle, Betten, und zwar auch ſolche, welche nur Stoffe zu dieſen Gegenſtänden hervorbringen, wie Schafe und Gänſe[40]). Gleichgiltig iſt es dabei, ob ſie urſprünglich von dem Manne oder von der Frau herrühren, oder ob ſie während der Ehe gewonnen ſind[41]). — Daß ſie ſofort mit ihrer Exiſtenz in das Eigenthum der Frau gefallen[42]), läßt ſich nicht vertheidigen, weil ſie während der Ehe jedenfalls der Verfügung des Mannes nicht entzogen waren[43]), und ſich eben ſo wenig nachweiſen läßt, daß ſie während der Dauer derſelben ſchon einen beſonderen Vermögenstheil gebildet. — Die Morgengabe, welche urſprünglich nur in der vorhin angegebenen Bedeutung als eine freiwillige Gabe des Mannes vorkommt, deren Zuläſſigkeit ſich aber auf gewiſſe Vermögensgegenſtände beſchränkt findet[44]), iſt durch den Gebrauch ein ſich von ſelber verſtehendes Recht der adligen Wittwen in Sachſen geworden, welches inſofern das dazu beſtimmte Gut nicht etwa früher auf die Frau übertragen wird[45]), erſt nach dem Tode des Mannes zur Exiſtenz kommt[46]). — Das Mußtheil beſteht in der Hälfte

---

39) Nämlich als ohne Vertrag eintretende Wirkungen der Ehe, und unter dieſen beſonderen Benennungen und Modificationen. — Ueber die größtentheils aufgehobene Gerade: Haſſe, Skizze des Güterrechtes u. ſ. w., in der Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. IV. S. 75—77, 87—89. Eichhorn, teutſche Staats- und Rechtsgeſchichte §. 369, Note i, §. 568, Note k und a. a. O. §. 297, 336.

40) Sächſ. Landr. I. 24. und Haſſe a. a. O. S. 75—77.

41) Haſſe a. a. O. S. 75.

42) Haſſe a. a. O. S. 75.

43) Sächſ. Landr. I. 24. a. E. und Haſſe a. a. O. S. 77.

44) Sächſ. Landr. I. 20. §. 1. Schwäb. Landr. C. 301, §. 5—12.

45) Vgl. Eichhorn a. a. O. Einl. §. 303. Haſſe a. a. O. S. 79. Bayer. Landr. 12, 9. 13. (Heumann, opusc. 87. 88.) Die Gewere zur rechten Vormundſchaft verblieb jedoch auch in dieſem Falle dem Manne: Albrecht a. a. O. §. 24, S. 268. Indeß findet ſich auch, daß die Frau die freiwillig gegebene Morgengabe nur zur Leibzucht erhält: Altes Bergiſches Landr. §. 14 (Lacomblet, Arch. für die Geſch. des Niederrheins I. 1, 86), ſo wie auch ein geſetzliches Witthum unter dem Namen der Morgengabe vorkommt: Brem. Ritterr. Tit. 6, §. 1.

46) Vgl. ſächſ. Landr. III. 38. §. 3.

des beim Tode des Mannes ſchon gewonnenen und in den erſten 30 Tagen nach demſelben nicht aufgezehrten zum Nachlaſſe des Mannes gehörigen Vorrathes an Lebensmitteln, wozu auch das für denſelben bereits beſtimmte Vieh gehört, wie z. B. gemäſtete Schweine [47]). Abgeſehen von dem Adel in Sachſen ſind indeß dieſe Inſtitute in der Regel untergegangen und durch andere erſetzt, in denen ſich indeß zum Theil ihre Beſtandtheile noch wieder erkennen laſſen, wie z. B. in der Haubenbandsgerechtigkeit des ſchleswigſchen und holſteiniſchen Adels und ihm gleich geſtellter Perſonen [48]), in der nach den neumünſterſchen Kirchſpielsgebräuchen der Frau zufallenden Kiſtenwaare [49]).

b) Gebrauchs- und Nutzungsrechte der überlebenden Ehefrau an den Gütern des Mannes auf beſtimmte Zeit; oder das namentlich beim Adel in Schleswig und Holſtein, wo es unter der Haubenbandsgerechtigkeit begriffen iſt, ſo wie auch in Mecklenburg, Pommern und im Herzogthum Bremen vorkommende ſogenannte Gnadenjahr [50]). — Die Idee, daß eine Härte darin liege, wenn die Frau ſofort beim Tode des Mannes genöthigt werden könne, Haus und Hof zu verlaſſen, ſcheint dabei zum Grunde zu liegen; woraus es ſich denn auch erklärt, daß das Recht ſich auf die Landgüter des Mannes beſchränkt findet, wenn er deren hinterläßt; wie dieß bei der Haubenbandsgerechtigkeit der Fall iſt [51]). —

c) Die Widerlage. Hierher gehört das Leibgedinge, oder ſogenannte dotalitium saxonicum, welches insbeſondere in Sachſen gilt [52]) und der Wittwe, welche eine dos eingebracht hat, oder auch, nach ſächſiſchem Rechte, nach dem Tode des Mannes zur Gewinnung des Leibgedinge einbringt, ein Recht auf eine lebenslängliche jährliche Rente aus den Gütern des Mannes gibt, welche in dem Betrage zweifacher Zinſen des Hauptſtuhles beſteht, der durch die eingebrachte dos, vertragsmäßig, aber auch durch Hinzurechnung eines ihr gleichen Capitals als Widerlage oder Verbeſſerung zu derſelben, gebildet wird [53]). Der Natur einer Rente gemäß iſt aber durch den Erwerb des Rechtes auf ſie der Hauptſtuhl untergegangen; und es tritt alſo hier die Regel ein: Leibgut ſchwindet Hauptgut. — Jedoch kommt auch die Widerlage in der Art vor, daß die überlebende Wittwe einen Anſpruch auf den der Größe ihrer dos gleichen Hauptſtuhl derſelben erwirkt, und daneben ihre dos zurückerhält [54]).

---

47) Sächſ. Landr. I. 22. Runde, Grundſ. des gem. teutſch. Privatr. §. 600. Vgl. Rigiſches Ritterr. Cap. 29.

48) Verordn. v. 1568 in der ſchlesw.-holſt. Landgerichtsordn. Th. 4, Tit. 5.

49) Neumünſt. Kirchſpielgebräuche (Ausg. von Seeſterw. Pauly. Schlesw. 1824) Art. 11.

50) Vgl. Runde a. a. O. §. 601.

51) Angef. Verordn. v. 1568 §. 2, 7.

52) Als beſtellte Leibzucht im ſächſ. Landr. I. 21.

53) Eichhorn a. a. O. Einleit. §. 305. Const. elect. Sax. 42. 44. P. II. (1572.) Cod. Aug. I. p. 100.

54) S. oben Note 37.

d) Das **Witthum** oder vidualitium: ein Gebrauchsrecht oder Nießbrauch an nachgelaſſenen Gütern des Mannes, oder ein Anſpruch auf Einkünfte aus denſelben, für die **Dauer des Wittwenſtandes** der überlebenden Frau [55]).

e) Die gegenſeitigen Succeſſionsrechte, welche nach den Parömien: Längſt Leib längſt Gut; auch: Länger Leib länger Gut, eintreten. Vermöge dieſer Grundſätze erhält der Ueberlebende, je nach der Bedeutung, welche dieſe Parömien in verſchiedenen Gegenden erlangt haben, bald einen lebenslänglichen Nießbrauch an den hinterlaſſenen Gütern des Vorverſtorbenen, bald fallen dieſe ſelber ihm unwiderruflich zu, ſo daß die Erben des Vorverſtorbenen von denſelben ausgeſchloſſen ſind [56]). Auch die Parömie: der letzte macht die Thür zu, hat eine ſolche Bedeutung. —

f) Die ſogenannte portio statutaria: ein Antheil an dem hinterlaſſenen Gute oder Vermögen des Vorverſtorbenen, in den der Ueberlebende ihm ſuccedirt. Hierher kann man die nach dem ſächſiſchen Landrechte ſtattfindende Succeſſion des überlebenden Ehemannes in den Mobiliarnachlaß der verſtorbenen Frau [57]) zählen. Regelmäßig iſt aber dieſes Recht, wo es vorkommt, den Ehegatten im Falle des Ueberlebens gegenſeitig zuſtändig [58]); bisweilen iſt jedoch der Antheil der Ehefrau geringer, z. B. ſo, daß ſie nur ein Viertheil bekommt, während dem Manne ein Drittheil zufällt [59]).

3) Das Daſein von Kindern aus der durch den Tod aufgelöſten Ehe äußert auf die gedachten Verhältniſſe an ſich in der Regel keinen Einfluß; wiewohl die väterliche Gewalt oder die Vormundſchaft, welche dem Ueberlebenden über die Kinder zuſteht, die Wirkung mit ſich führen kann, daß das übrige an letztere vererbte Vermögen des Vorverſtorbenen unter ſeinen Nießbrauch oder unter ſeine Verwaltung fällt [60]). Zuweilen hat indeß das Daſein von Kindern den Einfluß, daß die Größe der ſtatutariſchen Portion dadurch verändert wird, z. B. daß die Frau ſtatt eines Drittheils ein Viertheil bekommt [61]), oder daß ihr die Widerlage nicht zu Theil wird [62]); bisweilen aber fallen jene Verhältniſſe auch da, wo ſie beim Nichtdaſein von Kindern eingetreten ſein würden, gänzlich hinweg; und das Vermögen beider Ehegatten wird als eine einzige Maſſe betrachtet, von welcher dem Ueberlebenden, ohne Rückſicht auf den Urſprung der Beſtandtheile derſelben, ein aliquoter Theil zufällt [63]).

---

55) **Eichhorn** a. a. O. Einl. §. 306.

56) **Runde**, Güterrecht §. 18, S. 40—43, §. 24, S. 56 flg.

57) Sächſ. Landr. I. 31.

58) **Eichhorn** a. a. O. Einl. §. 338. Zeugniſſe bei **Kraut**, Grundriß zu Vorleſungen über das teutſche Privatrecht, 2. Ausg., S. 352 flg.

59) Const. elect. Saxon. 20. P. III. Cod. Aug. I. p. 110. Holſt. Verordn. v. 15. Juni 1742.

60) Dieſes Verhältniß iſt den Art. peculium adventitium und Vormundſchaft zu überlaſſen. S. indeß auch unten Note 203 flg.

61) Vgl. die Cit. der Note 59.

62) So nach Dithmarſcher Landr. Art. 35, §. 2.

63) S. unten III. und Note 183, 184.

4) Wird die Ehe durch eine Scheidung aufgelöſt, ſo können die vorhin aufgezählten Verhältniſſe, abgeſehen von den Dotalverhältniſſen, überall nicht zur Exiſtenz kommen. Denn ſie ſetzen nicht allein voraus, daß der eine Ehegatte den anderen überlebt, ſondern ſie ſind auch immer nur für den Fall in den Geſetzen conſtituirt, daß die Ehe durch den Tod des einen Gatten getrennt wird; und wenn auch dies die Veranlaſſung dazu gegeben haben mag, daß Juriſten angenommen haben, es ſei im Falle der Scheidung der ſchuldige Theil als verſtorben zu betrachten, und demnach der unſchuldige in Anſehung des Güterrechtes als überlebender zu behandeln, ſo iſt dieſe Annahme doch willkürlich [64]). — Es läßt ſich für dieſen Fall zwar die Grundregel aufſtellen, daß jedem Ehegatten ſein Vermögen verbleibt; allein in ſofern der ſchuldige Ehegatte dem unſchuldigen durch die Herbeiführung der Scheidung Vortheile entzogen hat, welche dieſem vermöge der gedachten Verhältniſſe im Falle der Trennung durch den Tod erwachſen ſein würden, läßt ſich nicht einmal ein Entſchädigungsanſpruch des letzteren gegen ihn begründen [65]). Denn abgeſehen davon, daß einer ſofortigen Realiſirung deſſelben die Ungewißheit darüber, ob der unſchuldige Gatte der überlebende ſein werde, alſo im Falle der Fortdauer der Ehe bis zum Tode des Einen ihm jene Vortheile erwachſen ſein würden, entgegenſtehen, und ſelbſt die Auflage einer Realcaution an den Schuldigen für den Fall ſeines früheren Todes ſich durch rechtliche Vorſchriften nicht begründen laſſen würde, ſo läßt ſich gegen einen ſolchen Anſpruch doch gewiß mit Grund erinnern, daß die Ehe ihrer rechtlichen Natur nach (der Gebrauch, den man von ihr macht, kann nichts ändern) kein Verhältniß iſt, deſſen Zweck im Vermögenserwerb beſteht, und in welcher der eine Gatte dem anderen für die dieſen treffenden vermögensrechtlichen Folgen ſeiner Culpa verantwortlich ſein könnte. — Anders ſtellt ſich aber die Sache in Anſehung der Dotalverhältniſſe. Hier tritt eben daſſelbe ein, wie im Falle der Auflöſung der Ehe durch den Tod, indem diejenigen Modificationen, welche die beſtehende Ehe in Anſehung der zur dos und donatio propter nuptias beſtimmten Güter herbeiführt, mit der Ehe ſelber hinwegfallen, gleichviel aus welchem Grunde dieſe zu beſtehen aufhört. Allein hier hat das römiſche Recht die durch das canoniſche beſtätigte Vorſchrift, daß der ſchuldige Theil, in ſofern ihm durch die Auflöſung der Ehe nach der allgemeinen Regel dieſe Güter unbeſchränkt zuſtändig ſein würden, dieſelben an den unſchuldigen verliert [66]), wozu dann, wenn der Mann der Frau durch den unwahren Vorwurf eines Ehebruches einen Grund zur Scheidung gibt, und keine Kinder aus der getrennten

---

64) Vgl. Haſſe, Reviſion der bish. Theorie von der ehel. Gütergemeinſchaft §. 36, 37, S. 119 flg. Mittermaier, Grundſ. des gem. teutſch. Privatrechtes (§. 362) §. 412. Im bayer. Landr. iſt dieß jedoch beſtimmt: ebendaſ.

65) Vgl. auch Thibaut, Syſt. des Pandektenr. §. 364.

66) S. den Art. Brautgabe Note 364 flg. und c. 4. X. de donat. int. v. et ux. (4. 20.)

Ehe vorhanden ſind, noch ein Drittheil des Werthes des zur donatio propter nuptias beſtellt geweſenen Gutes kommt[67]). — Dieſe Folgen laſſen ſich nun zwar als eine Vergütung für den dem unſchuldigen Gatten entzogenen Genuß von dieſen Gütern, der ihm durch die Benutzung zu dem Zwecke der Ehe bei deren Fortdauer erwachſen ſein würde, betrachten[67a]); und dazu paßt es denn auch ganz gut, daß er im Falle des Daſeins von Kindern aus der geſchiedenen Ehe nur den Nießbrauch an jenen Gütern erhält, deren Proprietät aber den Kindern zufällt[68]). — Sie können aber allerdings nur eintreten, wenn eine dos oder eine donatio propter nuptias beſtellt worden; und da der Mann, wenn ſie fehlen, die Laſten der Ehe aus eigenen Mitteln zu tragen hat, ſo verliert die unſchuldige Frau durch die Scheidung in ſolchem Falle den Unterhalt, welchen der Mann ihr bei der Fortdauer der Ehe zu reichen gehabt haben würde. Die unvermögende Frau, welche keine dos, und alſo auch keine donatio propter nuptias hat, kann indeß nach römiſchem Rechte bei Trennung der Ehe durch den Tod ein Viertheil, und wenn ſie mit Kindern des vorverſtorbenen Mannes concurrirt, eine Virilportion von deſſen Nachlaß in Anſpruch nehmen, an welchem Erbtheil ſie jedoch dann, wenn jene mit ihr concurrirenden Kinder ihre eigenen ſind, nur den lebenslänglichen Nießbrauch erhält, während dieſen die Proprietät zufällt[69]). — Dieſes ſogenannte *Erbrecht der armen Wittwe* gehört, eben weil es ein Erbrecht und von beſonderen außer der Ehe ſelber liegenden Umſtänden abhängig iſt, genau genommen eben ſo wenig zu den ehelichen Güterrechten, als das gegenſeitige Erbrecht der Ehegatten, welches ihnen durch das prätoriſche Edict für den Fall des Mangels von erbfähigen Blutsverwandten zugeſichert iſt[70]). — Das römiſche Recht hat indeß für jenes Erbrecht der armen Wittwe auch der geſchiedenen Frau, welche keine donatio propter nuptias, alſo auch keine dos hat, einen gleichen Anſpruch auf das Vermögen des Mannes, der die Scheidung verſchuldete, gegeben, und zwar auch mit gleicher Beſchränkung auf den Nießbrauch durch ihre eigenen Kinder[71]); jedoch ſoll das Viertheil nicht 100 Pfund Goldes überſteigen[72]). Daß hier die Armuth nicht ebenfalls zur Bedingung gemacht iſt, ſteht nicht ent-

---

67) Nov. 117. c. 9. §. 4.

67a) Dagegen *Haſſe*, Reviſion §. 36, S. 120 flg.

68) L. 8. §. 7. C. de repudiis (5. 17.) vgl. mit Nov. 22. c. 30. Nov. 98. c. 1. Nov. 117. c. 58. 9. Nov. 127. c. 4. v. *Löhr*, in deſſen und *Grolman's* Mag. III. S. 375 flg. und im Arch. für civ. Pr. XXII. S. 1—5. *Roßhirt*, Einleit. in das Erbrecht S. 194—197.

69) Nov. 53. c. 6.

70) L. 1. C. unde vir et uxor. (6. 18.) — Gegen die Erbenqualität der armen Wittwe iſt indeß v. *Vangerow*, Leitfaden für P. Vorleſ. B. 2, Cap. 4, S. 322.

71) L. 11. C. de repud. (5. 17.) Nov. 117. c. 5. — Die Nov. ſpricht dem Manne jede Quart ab. Die Nov. 127. c. 4. ſagt zwar, Frau und Mann ſollen dieſelben Strafen leiden, redet aber doch nur von dem Falle der Scheidung ohne allen Grund, der jetzt nicht mehr eintritt.

72) L. 11. C. u. Nov. 117. c. 5. cit. *Thibaut* a. a. O. §. 362.

gegen, dieſen Anſpruch als ein Surrogat jenes Erbrechtes zu betrachten, da es vielmehr durch dieſelbe ein ſolches zu ſein aufhören würde, wenn die geſchiedene Frau nicht zur Zeit der Scheidung, wohl aber zur Zeit des Todes des Mannes, ſich im Zuſtande der Armuth befände. Daß indeß beide Portionen nicht immer zu demſelben quantitativen Reſultate führen werden, liegt zu Tage; allein dies würde durch eine allgemeine Vorſchrift und auf einfachem Wege auch überall nicht zu erreichen ſein. Dieſe Vorſchriften werden aber, auch bei getrennten Güterverhältniſſen, nicht überall angewendet. Beim Vorhandenſein einer ſolchen Trennung würde aber der Anwendung theoretiſch kein Grund entgegenſtehen [73]).

Die vorhin genannten Rechte des überlebenden Ehegatten beſtehen indeß keinesweges alle gleichzeitig neben einander. Namentlich fallen neben der portio statutaria und neben den aus der Regel: Längſt Leib längſt Gut entſpringenden Rechten die übrigen hinweg; während letztere auch ſämmtlich neben einander vorkommen können [74]), aber keinesweges immer neben einander ſtatt finden. Die vorhergegangene Ehe, als Thatſache betrachtet, muß als der Erwerbsgrund dieſer Rechte betrachtet werden, und der Umſtand, daß dieſe erwerbende Thatſache mit dem Tode des vorverſterbenden Ehegatten erſt vollendet iſt, kann zwar die Benennung einer mortis causa capio für den Erwerb rechtfertigen, keinesweges aber den überlebenden Ehegatten in Anſehung deſſelben als Erben qualificiren; wenn man nämlich das Wort in der jetzt gangbaren römiſchen und nicht in der urſprünglich teutſchen Bedeutung nimmt, in der es allerdings für eine ſolche Succeſſion in den Quellen vorkommt [75]). — Indeß pflegt man nicht allein den Anſpruch auf die portio statutaria, ſondern auch den Anſpruch nach der Regel: längſt Leib u. ſ. w., den man auch wohl unter die portio statutaria befaßt [76]), als ein Erbrecht, und zwar als das eines Pflichttheilsberechtigten, zu betrachten [77]); was denn dahin führt, daß nicht etwa ſein Antheil nur nach Abzug der Schulden des Vorverſtorbenen vom reinen Activvermögen berechnet wird, wie es indeß doch zuweilen geſchieht [78]), ſondern daß der überlebende Gatte, welcher die Portion annimmt, verhältnißmäßig für ſämmtliche Schulden des vorverſtorbenen auch mit eigenem Vermögen haftet. —

---

73) Mittermaier a. a. O. Vgl. auch württemb. Landr. Th. 2, Tit. 32.

74) Nämlich die vorhin unter a) b) c) d) genannten Rechte der Wittwen, namentlich beim Adel in Sachſen und anderen Ländern.

75) Denn es wird auch von einem Erben nach Abzug oder Tilgung der Schulden geredet, und wo allgemeine Gütergemeinſchaft ſtattfindet: Bremer Stadtr. Stat. 7, auch altes Stadtr. v. Bern Art. 41 bei Dreyer, Beitr. zur Lit. des teutſchen R. S. 49 flg. Brandenb.-Culmbach. Landesconſtit. Tit. VII, §. 6, 7, 9, bei Kraut a. a. O. S. 336. Oldenb. Verordn. v. 30. Dec. 1754, bei Runde, Güterrecht S. 466 flg. vgl. mit §. 130, S. 289 flg. Vgl. auch ebendaſ. §. 11, S. 27 mit Note f.

76) Im weiteren Sinne: Runde a. a. O. §. 104, S. 233. Eichhorn, Einl. §. 338.

77) Eichhorn a. a. O. §. 338. Runde a. a. O. §. 107, S. 241.

78) Const. elect. Saxon. 20. P. III. im Cod. Aug. I. p. 110.

Der Grund dieſer Anſicht mag in dem Gebrauche des Wortes: Erbe in den teutſchen Statuten zu ſuchen ſein, von dem es ſich aber keinesweges immer nachweiſen läßt, daß er im römiſchen Sinne genommen ſei. Jedoch finden ſich ſelbſt Beiſpiele, daß man, und insbeſondre da, wo man den Ehegatten an ihren Gütern gegenſeitig ideelle Antheile zuſchreibt[79]), die Succeſſion des Ueberlebenden nach Analogie des Erbrechtes der armen Wittwe behandelt[80]) und nicht blos eine Beerbung in den Antheil des Vorverſtorbenen, ſondern in das beiderſeitige Vermögen angenommen hat, was man durch die Idee eines Einwerfens des Antheiles des Ueberlebenden von Seiten deſſelben vermittelte[81]). —

Die bisher angeführten Inſtitute bilden diejenigen Elemente, welche den übrigen Güterrechtsſyſtemen, welche in Teutſchland vorkommen, hiſtoriſch zum Grunde liegen; und die Hauptmomente, welche aus jenen dieſe entwickelt haben, beſtehen in der ehelichen Vormundſchaft, in dem Hinwegfallen von Hinderniſſen, welche früher den Uebergang des Eigenthums unbeweglicher Güter des einen Ehegatten auf den anderen verhinderten, in der Anſicht einer rechtlichen Theilhaberſchaft der Frau an dem während der Ehe gemachten Erwerbe, verbunden mit der Unnöthigkeit und Unzweckmäßigkeit, in Anſehung der Subſtanz der Güter der Ehegatten eine Sonderung eintreten zu laſſen. Genauer wird ſich dies im Nachfolgenden herausſtellen.

II. Aeußere Gütergemeinſchaft. Dieſes Verhältniß beſteht darin, daß der Mann vermöge der ihm zuſtehenden ehelichen Vormundſchaft mit ſeinen eigenen Vermögensrechten die Ausübung der Vermögensrechte der Frau verbindet, während dieſe Rechte ſelber in specie der Frau zuſtändig bleiben[82]). Eine wahre Gütergemeinſchaft, oder genauer Vermögensgemeinſchaft, liegt darin überall nicht; es iſt vielmehr ein getrenntes Güterverhältniß, welches durch den Grundſatz der Rechtsbücher: Mann und Weib haben nicht gezweit Gut, modificirt iſt und ſich von einer ſogenannten nießbräuchlichen Gütergemeinſchaft nur dadurch unterſcheidet, daß die Befugniſſe des Mannes in Anſehung des Frauengutes größer ſind, ſich nicht blos auf deſſen Benutzung, ſondern auch, als

---

79) Vgl. oben Note 34, 35.

80) Eichhorn a. a. O. §. 338, Note c. Haubold, ſächſ. Privatr. §. 326.

81) Lotz, im Anh. zu Ortloff's Coburger Stat. S. 75, 76. — Das Einwerfen findet ſich ſelbſt in den Stat., im Coburg. Art. 14, Ziff. 1 und Hildburgh. Art. 13. Vgl. Ortloff a. a. O. §. 79, Note *, S. 80.

82) Vgl. Runde, Güterrecht §. 54, S. 130 flg. — Daß neben der Gewere zur rechten Vormundſchaft des Mannes auch eine Gewere der Frau während der Ehe beſtanden, nimmt an Albrecht a. a. O. §. 24, S. 259 flg. Allein daß die Frau das von ihm unbefugterweiſe veräußerte Gut ſchon während der Ehe vindiciren konnte, erklärt ſich aus dem dem teutſchen Rechte bekannten Grundſatze, daß in einem ſolchen Falle es anzuſehen, als ob der Veräußerer geſtorben. Und daß ſie Vergabungen des Gutes an den Mann vornehmen konnte, beweiſt ihre Gewere deßhalb nicht, weil dieſe zur Giltigkeit ſolcher Geſchäfte nur da gefordert wird, wo ſie einer Perſon ein Recht geben ſollen, die noch keine Gewere hat.

Ausübung von Proprietätsrechten, auf deſſen Subſtanz erſtrecken. Nach Auflöſung der Ehe iſt das Verhältniß hier alſo von dem, welches bei getrenntem Güterverhältniſſe ſtattfindet, nicht verſchieden, und alle Inſtitute, welche dann bei dieſem vorkommen, können auch bei ihm Anwendung finden. Selbſt Dotalrechte müſſen hier möglich ſein, in ſofern die Beſtellung der dos nicht aus Gütern der Frau zu einer Zeit, wo dem Manne bereits die Ausübung der Rechte der Frau zuſtändig war, geſchehen ſoll. Denn in ſofern wäre die Beſtellung ohne eine vorgängige Aufgebung der dem Manne aus der ehelichen Vormundſchaft bereits erwachſenen Rechte nicht möglich, welche man auch in Beziehung auf ein einzelnes Gut während der Ehe, der Unwirkſamkeit der Schenkungen wegen, nicht für giltig halten kann. — Ohne Verwandlung der Güter der Frau in Dotalgut kann ſie aber für dieſelben, abgeſehen von beſonderen geſetzlichen Beſtimmungen[83]), die Vorrechte der dos nicht in Anſpruch nehmen, wenn auch ihre ſämmtlichen eingebrachten Güter oft mit dem Namen Dos, Brautſchatz, Heimſteuer, Eheſteuer, Zubrachtgut, Eingebrachtes belegt zu werden pflegen. — Verfügungen, zu denen die Frau ſelber, namentlich der Qualität der Güter als Erb- oder Stammgut wegen, nicht befugt ſein würde, können ſelbſtverſtändig auch von dem Manne nicht vorgenommen werden; auf der anderen Seite kann aber die römiſche Vorſchrift, daß Dotalgrundſtücke ſelbſt mit Zuſtimmung der Frau nicht giltig von dem Manne veräußert werden können[84]), hier keine Anwendung erleiden. In ſofern alſo eine gewiſſe Verfügung, zu welcher die Frau ſelber befugt ſein würde, ihm unterſagt iſt, muß ſie durch deren Zuſtimmung immer giltig werden können[85]). — Es kann aber auch in Anſehung derjenigen Verfügungen, welche er allein giltig vornehmen kann, noch die Frage entſtehen: ob er dadurch Dritten gegenüber eigene Rechte ausübe (denn auch die Ausübung fremder Rechte kann jemandem als eigenes Recht zuſtehen, wie z. B. dem Emphyteuta u. ſ. w. und ebenfalls dem Manne in Anſehung des Dotalgutes) oder nur als Vertreter der Frau handle? Sieht man darauf, daß in der ehelichen Vormundſchaft das Element der Gewere enthalten iſt, ſo muß man ſich für das erſtere entſcheiden. Denn eine Gewere kann immer nur dem zuſtehen, der Dritten gegenüber ſelber als der Inhaber des Rechtes gilt, welches ſie ſchützen ſoll, wenn er auch gewiſſen Perſonen gegenüber, welche die Wirkungen dieſer Gewere durch beſondere Verhältniſſe zu ihm entkräften können, als Nichtberechtigter gelten kann[86]). Abſtrahirt man aber von dieſer Gewere und ſieht

83) Vgl. indeß Mittermaier a. a. O. (§. 343) §. 392.

84) L. 5. L. 6. L. 7. L. 16. D. de fundo dot. (23. 5.) pr. J. quib. alien. licet. v. n. (2. 8.) L. 4. D. de fundo dot. L. un. §. 15. C. de rei uxor. act. (5. 13.)

85) Vgl. z. B. lippiſche Verordn. v. 27. März 1786 §. 8, 9, bei Runde, Güterrecht S. 515, 516.

86) So z. B. gegen den, dem die Veräußerung eines Immobile durch gerichtliche Auflaſſung geſchehen, der aber die rechte Gewere noch nicht erworben hat. — Zu der Anſicht von Albrecht, a. a. O. §. 24, daß neben der Ge-

blos auf die in dem Mundium enthaltene Vertretungsbefugniß und Pflicht, oder Vogtei, ſo muß man ſich für die letztere Alternative entſcheiden. Der Umſtand nun, daß das ſchwäbiſche Landrecht, nicht ſo wie das ſächſiſche, dem Manne mit ausdrücklichen Worten eine Gewere, ſondern wörtlich nur eine Vogtei zuſchreibt[87]), ſo wie der Umſtand, daß insbeſondere im ſüdlicheren Teutſchland für die Gemeinſamkeit der Güterrechte der Ehegatten der Ausdruck: *geſammte Hand*, im Gegenſatze der bei dem Tode des einen Ehegatten oder ſonſtiger Trennung (wenn geſammte Hand gebrochen iſt)[88]) eintretenden *Einhändigkeit* der Güter vorkommt; und ferner der Umſtand, daß, wiewohl die geſammte Hand ſich in der Hand des Ehemannes allein befindet, alſo ſeine alleinigen Handlungen als die der geſammten Hand gelten, dennoch, beſonders bei Veräußerungen von Grundſtücken, die Frau ſchon in früher Zeit als mithandelnd vorkommt, oder, wie es heißt, coadunata manu gehandelt wird[89]); — weiſen darauf hin, daß außerhalb des Bereiches des ſächſiſchen Landrechtes die letztere Auffaſſungsweiſe vorgeherrſcht habe. — In Anſehung von Immobilien gab indeß ſelbſt die rechte Gewere deren Inhaber kein ſo wirkſames Dispoſitionsrecht, daß Veräußerungen derſelben der Anfechtung derjenigen unbedingt entzogen geweſen wären, die ein Recht auf den dereinſtigen Anfall hatten. Zu dieſen Perſonen gehörte auch die Ehefrau, und ſo konnte hier deren Einwilligung ein Bedürfniß werden[90]). — Im übrigen aber müſſen bei der erſtern Auffaſſungsweiſe conſequent auch wider den Willen der Frau vorgenommene Dispoſitionen des Mannes über ihre Güter für ſie als verbindlich betrachtet werden, wenn ihrer Giltigkeit ſonſt kein Hinderniß entgegenſteht. Bei der letzteren dahingegen kann man der Frau die Befugniß nicht verſagen, eine wider ihren Willen vom Manne vorgenommene Dispoſition als ungiltig anzufechten; wiewohl der Mann immer, ſo lange ihr Widerſpruch nicht vorliegt, als legitimirt betrachtet wird[91]). Dieſer Geſichtspunkt, welcher ſich auch in ſolchen Geſetzen des nördlichen Teutſchlands der ſpäteren Zeit findet, welche die eheliche Gütergemeinſchaft als Miteigenthum betrachten[92]), erklärt die Vornahme wichtiger

---

were zur rechten Vormundſchaft noch eine Eigensgewere der Frau beſtehe, paßt dieß freilich nicht. Allein letztere hätte vermöge der Vogtei des Mannes doch wiederum in ſeiner Hand liegen und ſo mit der Gewere zur rechten Vormundſchaft zuſammenfallen müſſen.

87) Schwäb. Landr. 313, 1; vgl. ſächſ. Landr. I. 45. §. 2.

88) Verſchiedene Beiſpiele dieſer Benennung aus Statuten bei *Haſſe*, Reviſion S. 33 flg., Note 1. — Dahingegen wird bei dem Ausdrucke: verſamentne Hab (vgl. z. B. heſſ. Gerichtsordn. v. 1497 ebendaſ.) die Einheit offenbar im Objecte gefunden. — Ueber die Bedeutung auch *Runde*, Güterrecht §. 55, S. 153 flg.

89) Vgl. Lotz a. a. O. S. 60—64. *Zöpfl*, das alte Bamberger Recht S. 185 flg. *Euler*, die Güter- und Erbrechte der Ehegatten in Frankfurt a. M. bis zum Jahre 1509 §. 7, S. 32 flg.

90) Vgl. *Runde*, Güterrecht §. 7, Note d, S. 16 flg.

91) *Euler* a. a. O. S. 35 flg. und Entſcheidungen bei *Thomas*, der Oberhof v. Frankf. a. M. Urkdb. VI. B. 43. 67. 63.

92) Cit. lipp. Verordn. §. 8, 9, vgl. mit §. 1.

Dispoſitionen mit Zuziehung der Frau aus dem Intereſſe des anderen Contrahenten, gegen ihren Widerſpruch geſichert zu ſein. — Auf der anderen Seite muß aber auch die Frau in der Dispoſitionsbefugniß über ihre Güter hier in ſoweit beſchränkt ſein, als ſie mit der Dispoſitionsbefugniß des Mannes in Widerſtreit gerathen würde. Nach der urſprünglichen ſtrengen Bedeutung der ehelichen Vormundſchaft fehlte ihr ſchon die Fähigkeit zu Dispoſitionen von einiger Bedeutung. Allein auch wo dieſes Verhältniß gemildert iſt, ſo daß ihre perſönliche Fähigkeit nicht dadurch beſchränkt erſcheint, kann ſie doch Veräußerungen, welche ihr Gut während der Ehe der Gewere oder dem Nießbrauche[93]) des Mannes entziehen würden, nicht wirkſam vornehmen. Dispoſitionen auf den Todesfall dahingegen müſſen ihr in Anſehung derjenigen Güter, welche nach der Auflöſung der Ehe von der ehelichen Vormundſchaft des Mannes befreit werden, geſtattet ſein[94]).

Für Schulden, welche der eine der Ehegatten vor oder während der Ehe contrahirt hat, wird der andere unmittelbar nicht verhaftet. Jedoch gibt es hier eigenthümliche vermittelnde Verhältniſſe, vermöge welcher wegen der von der Frau contrahirten Schulden gegen den Mann die Klage gerichtet, oder das Gut der Frau wegen der Schulden des Mannes angegriffen werden kann. — In Anſehung der von der Frau *während* der Ehe contrahirten Schulden muß man von dem Grundſatze ausgehen, daß ſie, wenn auch die Frau ſelber ſich Dritten dadurch verpflichtet haben ſollte, doch dem Manne gegenüber als giltige Schulden der Frau nicht behandelt werden können, wenn ſie nicht innerhalb der ihrer Dispoſition unterworfenen Sphäre gehandelt hat; es ſei denn, daß er durch Auftrag oder versio in rem verpflichtet worden wäre. Dieſe Sphäre iſt aber regelmäßig auf Angelegenheiten des Haushaltes beſchränkt[95]); nur im Falle der Noth, wenn der Mann ihr den nöthigen Unterhalt nicht gibt, hat ſie ausgedehntere Verfügungsbefugniſſe[96]), und endlich muß, wenn ſie mit Genehmigung des Mannes einen eigenen Handel treibt, alſo die Eigenſchaft einer Handelsfrau hat, der Mann auch die von ihr in dieſer Eigenſchaft contrahirten Schulden als giltig anerkennen[97]). — Ob, wenn ſie ſonſt Schulden contrahirt, aber dadurch eine Verwendung zum Beſten des ehelichen Verhältniſſes bewirkt hat, der Mann verhaftet wird, darf nur dann bejahet werden, wenn man dem Manne die Tragung der Laſten der Ehe auferlegt. Nach urſprünglich teutſcher Anſicht ſcheinen dieſe Laſten beiden Eheleuten gemeinſam geweſen zu ſein[98]), jetzt muß aber die römiſche Anſicht, wonach ſie den vermögenden Mann allein tref-

---

93) S. oben Note 29.

94) Vgl. *Mittermaier* a. a. O. §. 401.

95) Vgl. *Mittermaier* a. a. O. §. 401. Dahin gehört namentlich die Annahme des Geſindes: *Grimm*, R. A. I. S. 447. Vgl. *Runde*, Güterr. §. 41, S. 98 flg.

96) Zeugniſſe bei *Kraut*, Grundriß S. 320.

97) *Mittermaier* a. a. O. §. 536, Note 2, 6.

98) Jüt. Low, I. Art. 36. *Haſſe* a. a. O. S. 67 flg.

ſen, als die herrſchende betrachtet werden[99]). — Dieſe Schulden müſſen den Mann perſönlich verpflichten; nur in Anſehung der Handelsſchulden iſt eine Ausnahme zu machen. Dieſe ſind nämlich den vorehelichen Schulden der Frau gleich zu behandeln, wegen welcher zwar auch gegen den Mann als Vertreter der Frau die Klage gerichtet, er ſelber aber zur Zahlung nur in ſo weit genöthigt werden kann, als er Güter der Frau in Händen hat, über welche er ohne deren Zuſtimmung disponiren kann[100]). Während der Ehe von der Frau contrahirte Delictsſchulden müſſen demnach dem Manne gegenüber ebenfalls ungiltig ſein[101]). — So kommt man zu dem Reſultate, daß das, was einmal ſchuldenfrei in die Gewere des Mannes gefallen iſt, durch ſpätere Obligationen der Frau, weil ihr Verfügungsrecht während der Ehe ruht, nicht weiter berührt werden kann[102]). Nur erſcheint dieſer Satz als Princip nicht richtig, weil er eine ſo unmittelbare Beziehung der Schulden auf das Gut ausſpricht, die ſich juridiſch nicht vertheidigen läßt. — Die teutſche Parömie: die dem Manne trauet, trauet auch den Schulden, kann zwar nach poſitiver Vorſchrift oder Herkommen bei dieſem Verhältniſſe anwendbar ſein[103]); allein in ſeiner Natur liegt ſie nicht. — Allerdings muß man zugeben, daß der Mann, ſofern er nicht durch beſondere Beſtimmungen beſchränkt oder nach dem Obigen von dem Willen der Frau abhängig iſt, über deren Güter giltig disponirt, alſo auch für ſeine eigenen Schulden wirkſam verpfändet. Auch läßt ſich dafür, daß die Mobilien der Frau, während ſie ſich im Beſitze des Mannes befinden, zum Gegenſtande der Execution wegen deſſen Schulden gemacht werden können, der Grundſatz: Hand muß Hand wahren, anführen, wo er ſich geltend erhalten hat; und zwar ſelbſt dann, wenn die Pfändung kein Pfandrecht begründet[104]), ſondern durch dieſelbe dem Gläubiger nur die Güter der Frau als ein Object ſeiner, wiewohl gerichtlich zu verwirklichenden, Selbſtbefriedigung angewieſen ſind. Allein ſo weit wird man nicht[105]) gehen dürfen, daß auch die Immobilien während, ſo wie alle Güter der Frau nach der Gemeinſchaft, und zwar ſubſidiär, der Execution wegen der Schulden des Mannes unterworfen werden dürfen. Insbeſondere iſt auch mit dem Concurſe des Mannes ein Concurs der Frau noch nicht gegeben[106]).

Inſofern hier nur das ganze eheliche Güterrecht in der durch die Ehe und für die Dauer derſelben begründeten ehelichen Vormundſchaft

---

99) Vgl. preuß. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 184, 185, Tit. 2, §. 64, 65.

100) S. Runde a. a. O. §. 38, S. 90 flg., S. 134, 135. Göttinger Stat. v. 1354 bei Pufendorf, obs. III. append. p. 169.

101) Vgl. Haſſe a. a. O. S. 172. Anders nach der lipp. Verordn. v. 1786, §. 14, die aber auch der Frau ein condominium zuſchreibt. Die frühere Haftung des Mannes aus dem Mundium (Mittermaier a. a. O. §. 402, Note 30) ſcheint jetzt nicht mehr entſcheiden zu können.

102) So Runde a. a. O.

103) Vgl. Runde a. a. O. §. 33, S. 74.

104) Wie z. B. in Holſtein.

105) Mit Runde a. a. O. §. 55, S. 134.

106) Runde a. a. O. §. 56, S. 136.

liegt, muß es mit der Auflöſung der Ehe, ſie geſchehe durch den Tod oder die Scheidung, es ſeien Kinder vorhanden oder nicht, hinwegfallen. Es muß demnach dieſelbe Lage, wie bei getrenntem Güterverhältniſſe, auch hier eintreten, ſo wie dieſelben Rechte des überlebenden oder unſchuldigen Ehegatten in Beziehung auf das Vermögen des vorverſtorbenen oder ſchuldigen auch hier ſtattfinden können. — Uebrigens iſt dieſes Güterverhältniß als das eigentlich germaniſche zu betrachten; und an daſſelbe reiht ſich ein aus ihm hervorgegangenes germaniſtiſches, welches jetzt in Betracht zu ziehen iſt. —

III. Innere Gütergemeinſchaft. Nach der doctrinellen germaniſtiſchen Ausbildung dieſes Inſtituts erſcheint als der allein haltbare Begriff deſſelben der eines Verhältniſſes der Vermögenseinheit unter den Ehegatten, in der Art, daß während der Ehe weder einzelne beſtimmte zu demſelben gehörige Güter, noch ideelle Antheile derſelben[107]), dem einen oder dem anderen Ehegatten allein zuſtehen, der Ehemann aber im Verhältniſſe zu Dritten als das einzige Subject jenes geeinten Vermögens gilt und inſofern die vermögensrechtliche Perſönlichkeit der Frau ganz in der ſeinigen aufgeht. Dieſes Vermögen heißt in den Statuten: vermengtes oder vermiſchtes Gut, Gemeingut (meene gut), Sammtgut (ſaem gude). — Die Vermögensrechte der Frau ſind eigentlich allein der Gegenſtand derjenigen Umwandlung, durch welche dieſes Verhältniß entſteht, und zwar auch diejenigen, welche während der Ehe durch Erbſchaft oder Vermächtniß zufallen. Denn eingebracht Gut ergreift auch ererbt Gut. — Sie, und zwar auch wenn ihr Gegenſtand außerhalb des Domicils des Mannes ſich befindet, gehen in das gemeine Gut über, deſſen Subject der Mann Dritten gegenüber iſt; wiewohl in Anſehung ſolcher Rechte, welche ſtreng mit der juridiſchen Perſon der Frau verbunden ſind, wie z. B. ein römiſcher Uſusfruct, ihm nur die Ausübungsbefugniß zufallen kann[108]). — Die in neuerer Zeit aufgeſtellte Anſicht, daß auch dieſem Verhältniſſe die teutſche eheliche Vormundſchaft zum Grunde liege[109]), ſcheint keinem gegründeten Zweifel zu unterliegen. Ein durchgreifendes Moment für die Erklärung der inneren Verſchmelzung des Gutes läßt ſich aber nur darin finden, daß man da, wo der Ehemann in ſeinen Dispoſitionsbefugniſſen über die Güter der Frau nicht durch die Rechte Dritter beſchränkt war, jene mit dem Rechte ſelber als identiſch betrachtete. Ein ſolches Ineinanderfließen von Recht und Gewere findet ſich auch in ſonſtigen Verhältniſſen, nachdem die prozeſſualiſche Bedeutung der Gewere untergegangen

107) Indeß nimmt Runde, a. a. O. §. 63, S. 142, Rechtsgemeinſchaft zu ideellen Theilen an.

108) Die Beſtimmung der L. ult. C. de usufr. (7. 1.) über den dem Hausvater durch den Hausſohn erworbenen Uſusfruct dürfte hier ſchwerlich in irgend einer Weiſe anwendbar ſein.

109) Runde a. a. O. §. 11, §. 33, S. 26, 72 flg. Vgl. Eichhorn, Einleit. §. 298, und Cropp, eheliches Güterrecht, in Heiſe und Cropp, jur. Abh. Bd. 2, Nr. 16, S. 370.

iſt[110]). Und da, wo man ſchon früher dem Manne die Gewere an dem Gute der Frau nur als deren Vertreter zugeſchrieben haben mag, hat ſich auch die Vereinigung der Rechte in der Perſon des Mannes und das gänzliche Aufgehen der vermögensrechtlichen Perſönlichkeit der Frau nicht ſo entſchieden herausgeſtellt, als ſonſt[111]). — Die Gewere des Mannes erſcheint aber hier als eine Gewere am ganzen Inbegriffe der Güter, am ganzen activen[112]) Vermögen der Frau; und man kann nicht annehmen, daß ihm eine Gewere an den Mobilien der Frau nur in ſofern zugeſtanden, als ſie ſeiner körperlichen Herrſchaft unmittelbar unterworfen geweſen. Denn wenn auch der Frau gegenüber dem Manne die factiſche Gewere an Mobilien derſelben nur inſofern zugeſchrieben werden kann, als er eine derartige Herrſchaft über ſie hatte[113]); ſo mußte doch die Verbindung der Gewere mit der ehelichen Vogtei Dritten gegenüber jede Gewere der Frau als in der Hand des Mannes liegend erſcheinen laſſen. — Der Erwerber dieſes activen Vermögens, der Ehemann, konnte aber auch von der Haftung für die Schulden des bisherigen Subjectes dieſes Vermögens, auch wenn ſie vor der Ehe entſtanden, nicht frei geachtet werden, wenn er vermöge ſeiner Acquiſition daſſelbe Dritten gegenüber ganz aus der Reihe der Vermögensſubjecte verdrängte und es gewiſſermaßen hinter ſich ſtellte; und ſobald dieſes active Vermögen das ſeinige geworden war, mußte es in Anſehung ſeiner eigenen Schulden mit ſeinem übrigen activen Vermögen in dieſelbe Lage kommen. Die Haftung des Gutes, welches von der Frau herrührt, für die Schulden des Mannes, alſo die hier allerdings nach der Natur des Verhältniſſes geltende Regel: die dem Manne trauet, trauet auch den Schulden, läßt ſich freilich zum Theil daraus erklären, daß man die Inſolvenz des Mannes als einen Fall der Noth betrachtet, in dem der Mann über das Frauengut zu disponiren befugt, und es ſo zu ſeiner Concursmaſſe gezogen[114]). Allein ſie reicht doch nicht aus, wenn er nicht in ſolcher Art darüber disponirt, wenn er nicht ſelber ſeine Güter abgetreten hat, wie wenn er in Ueberſchuldung verſtorben. Nur jene Vermögensvereinigung reicht hier aus, und dieſe konnte erſt gegeben ſein, wenn man weder die Grundlagen des Verhältniſſes noch ſeine innere und äußere Seite mehr unterſchied. Soll ſie aber mit der ihrem Weſen entſprechenden Conſe-

---

110) Man braucht nur ſich daran zu erinnern, daß die Handlungen, durch welche früher rechte Gewere erworben wurde, ſpäter das Eigenthum gaben. Vgl. m. Auf. in der Zeitſchr. für teutſch. R. Bd. 3, H. 1, §. 2, 3.

111) Vgl. oben Note 87 flg.

112) Die Gewere bewirkt alſo noch keine Gemeinſchaft des negativen (Haſſe, Reviſ. §. 50, S. 165 flg.) Vermögens. — Vgl. auch Runde a. a. O. §. 36, S. 85.

113) Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme, diplom. Beitr. VI. 152.: ſint demmole das her (der Mann) alle farende habe mit ſeiner rechtin ehefrawen beyde leib und gut zu ſeyne vormundeſchaft und je ſeyne gewere entpfangin und genomen hatte und her auch dy ſloſſil darczu getragen hatte. Vgl. m. Auff. in der Zeitſchr. für teutſch. R. Bd. 5, H. 1, §. 2, nach Note 54.

114) Runde a. a. O. §. 50, S. 119 flg.

quenz ſtattfinden, ſo muß ſie das ganze Vermögen der Ehegatten umfaſſen, und dieſe, die **allgemeine Gütergemeinſchaft**, muß demnach vom heutigen wiſſenſchaftlichen Standpunkte aus als das Normalverhältniß angeſehen werden. — Sieht man nun auf die äußere Seite des Verhältniſſes, ſo ſtehen bei demſelben alle Vermögensrechte dem Manne zu, und erſt nach der Auflöſung der Ehe werden der Frau oder deren Erben wiederum ſolche zu Theil. Von dieſem Geſichtspunkte aus beſtände das Verhältniß in einer Güterloſigkeit der Frau, und **ſie** könnte nach Auflöſung der Ehe dieſelben Rechte an dem ehelichen Vermögen haben, die ihr bei getrenntem Güterverhältniſſe am Vermögen des Mannes zuſtehen könnten. Die Unterſcheidung zwiſchen verſchiedenen Arten dieſer Rechte, als Gerade u. ſ. w., mußte aber bei der inneren Einheit des Vermögens als ein unnöthiger und unzweckmäßiger Umweg erſcheinen. Ein einziges Recht der Frau war hier der Natur der Sache entſprechend, und dieſes konnte, von dem angegebenen Geſichtspunkte aus, immerhin ein Erbrecht ſein; ſo wie denn auch bei dieſem Verhältniſſe die Frau in den Statuten zuweilen als die Erbin ihres Mannes bezeichnet wird [115]). Auch als ſolche war ſie ſchon bei Lebzeiten des Mannes nach teutſchem Rechte nicht ohne Schutz gegen deſſen willkürliche Dispoſitionen, ſofern ſie Immobilien betrafen; und darnach hätte ſie conſequent jede nicht durch Noth gerechtfertigte Veräußerung derſelben, und zwar auch derjenigen, welche nicht von ihr herrührten, anfechten können. Indeß beſchränkte man dieſe Befugniß zuweilen auf die durch ſie in die Gemeinſchaft gekommenen [116]), oder gab dem Manne überhaupt ausgedehntere Dispoſitionsbefugniſſe [117]). Als allgemeiner Grundſatz wird ſich aber nur die Beſchränkung des Mannes vertheidigen laſſen, daß die Frau ohne ihre Zuſtimmung von ihm vorgenommene liberale Dispoſitionen unter Lebenden oder auf den Todesfall anzufechten befugt ſei [118]). Sobald man aber an dem römiſchen Begriffe eines Erben und an dem Grundſatze: daß niemand vor ſeinem Tode beerbt ſein kann, feſthielt, ſo mußte dieſer Auffaſſungsweiſe der Umſtand entgegenſtehen, daß doch die Frau **dem Manne gegenüber** bei ſeinen Lebzeiten nicht vermögenslos daſteht. Von dieſem Geſichtspunkte aus mußte man aber zu dem juridiſch unmöglichen Verhältniſſe zweier Subjecte deſſelben Vermögens kommen. **Jedem** Ehegatten ſind die in dem gemeinſchaftlichen Vermögen enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten **für ſich allein ganz eigen**, und keiner ſchließt den anderen aus, wohl aber alle übrigen. Dahin ging die Lehre **Scherer's** [119]), des Hauptſchriftſtellers in dieſer Materie am Anfange dieſes Jahrhunderts,

---

115) Vgl. oben Note 75.

116) Z. B. Lüb. R. B. 1, Tit. 5, Art. 9.

117) Z. B. im Hamb. Stat. v. 1529. Vgl. **Cropp** a. a. O. §. 16.

118) **Danz** a. a. O. VI. §. 412. **Gründler**, Polemik III. §. 553. **Eichhorn**, Einl. §. 308, III. — Beiſpiele von Beſchränkungen und Erweiterungen des Verfügungsrechtes des Ehemannes bei **Phillips**, Gütergem. S. 147—171.

119) Die verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinſchaft u. ſ. w., 2 Thle. Mannheim 1799 u. 1800. Vgl. **Haſſe**, in der angef. Reviſion S. 5 flg.

gegen deſſen Anſicht Haſſe[120]) auftrat. — Nach dieſer Anſicht mußte man dahin kommen, bei Auflöſung der Ehe durch den Tod den Ueberlebenden das alleinige (ſolitariſche) Eigenthum durch Conſolidation erwerben zu laſſen[121]). — Man ſuchte das Verhältniß auf verſchiedene Art durch juridiſche Begriffe zu erklären und zu fixiren; und kam ſo zu Anſichten, welche bei der Redaction von Statuten und Verordnungen nicht ſelten Einfluß gehabt haben. Societät[122]), Miteigenthum[123]), Geſammteigenthum[124]) und moraliſche Perſon[125]), ſind die Begriffe, unter welche man das Verhältniß ſtellen wollte. Allein wenn man auch zugibt, daß eine Societät ohne Vertrag entſtehen könne, oder dieſelbe durch die Eingehung der Ehe als ſtillſchweigender Vertrag begründet werde, ſo werden doch auch durch eine societas omnium bonorum die Güter des einen socius dem anderen ſo wenig mitgetheilt als ſeine Schulden, ſondern es wird dadurch nur eine Verpflichtung zur Mittheilung und Mittragung unter den Geſellſchaftern begründet; und wenn auch bei Eingehung der societas omnium bonorum die derzeit dem einen socius zuſtändigen übertragbaren dinglichen Rechte als ſtillſchweigend dem anderen mitgetheilt angeſehen werden[126]), ſo wird dadurch doch immer nur ein condominium begründet, welches überall keine Gemeinſchaft von Rechten, ſondern nur eine Gemeinſchaft von Rechtsobjecten, die ideell getheilt ſind, hervorruft. Daraus folgt denn ſchon, daß das fragliche Verhältniß auch nicht als condominium betrachtet werden kann, weil dieſes ſo wenig zu einer Rechtsgemeinſchaft führt, als es überhaupt bei Rechten möglich iſt, die kein körperliches Object in ſich faſſen[127]). Zu einem Widerſpruche mit ſich ſelber führt aber das Geſammteigenthum oder condominium plurium in solidum, welches ebenfalls das Reſultat der Scherer'ſchen Lehre iſt, und ſich in manchen Geſetzen findet[128]). Denn derſelbe Stoff kann dem Eigenthume und der Herrſchaft Mehrerer nicht gleichzeitig ganz unterworfen

120) In der angef. Reviſion.

121) Mittermaier a. a. O. §. 403.

122) So einige ältere Juriſten. Vgl. Eichhorn, t. St. u. R.-G. §. 451. Mittermaier a. a. O. §. 386, Note 3, §. 399, Note 3. Auch Klefecker, Hamb. Verf. Th. 4, S. 85, findet bei der teutſchen Ehe neben der ehelichen Vormundſchaft eine Mascopey der Güter. — In den Stat. von Lippſtadt §. 2 heißt der Mann der vornehmſte Socius.

123) Vgl. oben Note 34. Eine eigene Art der Gütergem., welcher dieſer Begriff zum Grunde liegt, nimmt an: Weſtphal, teutſch. Privatr. Th. 2 S. 19.

124) S. unten. — Beiſpiele von Geſetzen, die Gütergem. reſp. mit Miteigenthum und Geſammteigenthum haben: bei Eichhorn, Einl. §. 308, Note a.

125) S. unten Note 129, 130, 133.

126) L. 1. §. 1. L. 2. D. pro socio. (17. 2.)

127) Solche ſind: Statusrechte, Servituten und Rechte von gleicher Natur und Forderungen. — Man beachtet dieß indeß gewöhnlich nicht, und kommt denn dadurch zu Sätzen, die der Scherer'ſchen Lehre an die Seite geſtellt zu werden verdienen.

128) Veracius, consuet. Bamberg. P. 2. Q. 1. 2. Cit. lipp. Verordn. §. 8, 9.

ſein. Man wurde zu jener Anſicht offenbar nur getrieben, weil man erkannte, daß man keine ideellen Theile annehmen durfte, wenn man nicht etwas Fremdartiges in das Verhältniß hineintragen wollte. Durch die Annahme einer moraliſchen oder, wie genauer geſprochen werden ſoll, myſtiſchen Perſon [129]) wurde zwar ein nicht unpaſſendes Bild für das Verhältniß gewonnen. Denn eine myſtiſche Perſon wäre genau genommen da anzunehmen, wo Wirkungen eintreten, als ob eine gewiſſe Perſon vorhanden wäre, ohne daß dieſe Perſon, deren Subſtrat dann hier die Ehegatten ſein müßten, erkennbar und erweislich vorhanden wäre. Dieſe Perſon würde dann solo intellectu beſtehen; allein daß ſie iuris intellectu beſtehe, das läßt ſich aus den Wirkungen des Verhältniſſes nicht begründen. Denn dieſe Anſicht würde dahin führen, daß keiner der Ehegatten durch ſeine vermögensrechtlichen erlaubten Handlungen ſelber verantwortlich würde und im Augenblicke der Auflöſung der Ehe, die ja doch den Untergang der moraliſchen Perſon mit ſich führen müßte, das derzeit noch vorhandene eheliche Vermögen bonum vacans würde, alſo dem überlebenden Gatten, ſo wie den Erben der Ehegatten, die der moraliſchen Perſon zuſtändig geweſenen Güter nur vermöge einer während der Ehe getroffenen Dispoſition zufallen könnten [130]). — Nimmt man aber ein beſonderes teutſches Geſammteigenthum an, ſo läßt ein ſolches ſich immer nur mit Hilfe der Gewere conſtruiren. Denn bezieht man hier die Einheit des Eigenthums nicht blos auf die äußere Seite deſſelben, auf das Verhältniß zu dritten Perſonen, ſo kommt man bei deſſen Bildung nothwendig mit Danz [131]) dahin zu ſagen: jeder einzelne Gemeine ſei Eigenthümer des Ganzen, und doch auch wieder kein einzelner Gemeiner Eigenthümer des Ganzen u. ſ. w., alſo zu einer bloßen, der Realität entbehrenden, Idee. — Ein Geſammteigenthum läßt ſich aber nur nachweiſen, wo die Gewere eines Inbegriffes von unter mehreren getheilten Gütern jedem derſelben für dieſen ganzen Inbegriff zuſtand [132]). Wenn man aber auch annehmen will, daß dieſes Verhältniß auch nach dem Hinwegfallen der praktiſchen Bedeutung der Gewere nicht unmöglich geworden ſei, inſofern ein früher unter dem Einfluſſe der Gewere gebildetes Inſtitut ſich noch ferner erhalten hat, und wenn man ferner anerkennt, daß das Zurücktreten der Frau von der Ausübung dieſer Gewere während der Ehe in der ehelichen Vormundſchaft ſeinen Grund habe, ſo iſt damit eine moraliſche Perſon im römiſchen Sinne [133]) ſo wenig bei dem teutſchen Geſammteigenthume als bei der Gütergemeinſchaft begründet. Allein die äußere Gütergemeinſchaft findet dadurch ihre vollſtändige

---

129) Haſſe, Reviſion §. 27, S. 93 flg. und rhein. Muſ. Jgg. III. H. 4. Deiters, die eheliche Gütergem. nach Münſterſch. Provincialr. und preuß. Landr. S. 25 flg. Eine moraliſche Perſon nahm indeß bereits Danz, a. a. O. VI. §. 603, an, und ebenſo Runde, Grundſ. §. 603.

130) Vgl. Mittermaier, Zeitſchr. für geſch. Rechtsw. II. S. 332. Runde, G.=R. §. 66, S. 156 flg.

131) A. a. O. Th. 2, S. 498.

132) Vgl. den Art. Gemeinde Note 49.

133) S. über dieſe die Art. Corporation und Gemeinde.

Erklärung, daß vermöge der Gewere in Vermögensangelegenheiten die Frau neben dem Manne keinen rechtlichen ſelbſtſtändigen Willen hatte; und inſofern konnte man ſagen: coniuges pro una persona habentur [134]. — Das innere Zuſammenfließen des Vermögens erforderte aber noch, daß Gewere und Recht ſich identificirten. Denn erſt wenn dieß geſchah, fehlte es an einem Unterſcheidungsmerkmale im Inneren des Verhältniſſes; und damit mußte denn auch die Einheit gegeben ſein. — Damit iſt aber allerdings nur die juridiſche Möglichkeit der Bildung einer ſolchen Vermögenseinheit zwiſchen den Ehegatten dargethan, keineswegs aber ihre Nothwendigkeit. Denn anſtatt des hinweggefallenen Unterſcheidungsmerkmales hätte man ein anderes aufnehmen, und namentlich auf den Urſprung der Güter, jenachdem ſie von dem Manne oder von der Frau herrührten, ſehen können. — Daß da, wo dieſe innere Einheit entſtanden, dieß nicht geſchah, und daß dieſe Einheit ſich in der That gebildet hat, muß vielmehr dem Umſtande zugeſchrieben werden, daß man ſie den herrſchenden Intereſſen angemeſſen fand, mehr auf den Geldwerth des Vermögens als auf die einzelnen Beſtandtheile deſſelben ſah; wobei denn auch Mißverſtändniß der Ausſprüche der Rechtsbücher über die eheliche Vormundſchaft gewirkt haben mag [135]. — Immer aber ſetzt eine ſolche Vermögens- und Rechtseinheit auch eine Einheit des Subjects voraus. — Dieſes eine Subject kann aber nach dem bisher Ausgeführten **nur** der Mann ſein, und **nicht die Frau**. Dieſe kann nur das Recht haben, daß ſie als Genoſſin der Rechte **des Mannes** [136] anerkannt werde. Dieſe ihre Genoſſenſchaft läßt ſich aber auf einen genau ausgebildeten Inhalt beſonderer Rechte der Frau nicht zurückführen, wenn in der That eine eigentliche Gemeinſchaft beſtehen ſoll. Denn damit würde gerade **die innere Gemeinſchaft aufgehoben ſein**. Dieſe Genoſſenſchaft iſt ein Ausfluß des durch die Ehe begründeten Familienſtatus der Frau. Wem ich meinen Leib gönne, dem gönne ich auch mein Gut, ſagt die teutſche Parömie. — Wahre innere Gütergemeinſchaft muß alſo als eine Qualification der Ehe ſelber aufgefaßt werden. Daß die Genoſſin des Rechtes über daſſelbe nur in ſo weit disponiren kann, als der Inhaber deſſelben ihre Handlungen gleich den ſeinigen anzuerkennen gehalten iſt, folgt daraus ganz von ſelber. Dem Principe nach ſind die Dispoſitionsbefugniſſe der Ehegatten hier dieſelben, wie bei äußerer Gütergemeinſchaft. Allein Gegenſtand derſelben und Grund ihrer Beſchränkung ſind hier andere. Es kann hier nicht von einer Dispoſition der Frau auf den

---

134) So manche ältere Juriſten. Vgl. **Haſſe**, Reviſion S. 99, Note 1 flg.

135) S. **Eichhorn**, t. St. u. R.-G. §. 451. **Mittermaier**, Grundſ. des teutſch. Privatr. (§. 336, 337) §. 385, 386. **Runde**, Güterrecht §. 11, S. 24 flg.

136) Die Rechtsbücher (ſächſ. Landr. I. 45. §. 1, 3; ſchwäb. Landr. 328, 2—5) nennen die Frau die Genoſſin des Mannes; und es wird ſich keineswegs rechtfertigen laſſen, dieſer Genoſſenſchaft jede Beziehung auf das Vermögen abzuſprechen.

Todesfall über **ihre Güter**[137]), ſondern nur von einer ſolchen Dispoſition über den ihr dereinſt aus dem gemeinen Vermögen zufallenden Antheil die Rede ſein. — Es kann hier nicht von Beſchränkungen der Dispoſitionen des Mannes über die **Güter der Frau**[138]), ſondern nur von derartigen Beſchränkungen durch die Genoſſenſchaft der Frau in Anſehung ſeines eigenen, oder des gemeinen Gutes, die Rede ſein. Es läßt ſich bei dieſer Verſchiedenheit der Stellung des Mannes indeß nicht rechtfertigen, die bei der äußeren Gütergemeinſchaft geltenden Beſchränkungen ſeiner Dispoſition auch hier ſchlechthin für anwendbar zu erklären[139]); allein ſie können hier allerdings in demſelben Umfange vorkommen. Geſetze haben denn auch hier dieſe Beſchränkungen dem veränderten Verhältniſſe gemäß modificirt[140]), namentlich auch die Zuſtimmung der Frau zu Veräußerungen aller zu dem Geſammtvermögen gehörigen Immobilien gefordert[141]), und ſolche, welche von der Anſicht eines condominium in solidum ausgehen, ſelbſt dem Manne eine ſelbſtſtändige Verfügung nur in den Grenzen einer Adminiſtration zum Beſten der Ehe zugeſtanden[142]). — Zuweilen werden jedoch ſelbſt bei allgemeiner Gütergemeinſchaft gewiſſe Gegenſtände der Dispoſition des Mannes entzogen und der Frau als Sondereigenthum zugeſchrieben, z. B. wenn die Frau unter Widerſpruch des Mannes, oder unter der von dem Geber geſtellten Bedingung, daß ſie nicht unter das Recht des Mannes fallen ſollen, ſie erwirbt[143]), oder vermöge geſetzlicher Vorſchrift ihre nothwendigen Kleider[144]). —

Die Verhaftung wegen der von dem einen Ehegatten allein contrahirten Schulden muß hier ebenfalls einen anderen Charakter annehmen, als bei der äußeren Gütergemeinſchaft. — Zwar kann der Ehemann auch hier nur wegen ſolcher Schulden der Frau haften, welche er ſich gegenüber als giltig anerkennen muß[144a]); allein er muß wegen dieſer, ſelbſt wenn ſie vor der Ehe oder durch ein abgeſondertes Gewerbsverhältniß der Frau entſtanden[145]) eben ſo, wie wegen derjenigen, welche die Frau innerhalb der ihr angewieſenen Sphäre ihrer genoſſenſchaftlichen Dispoſitionsbefugniſſe contrahirt[146]), als perſönlich verpflichtet gelten. — Man hat

---

137) Vgl. oben Note 93, 94.
138) Vgl. oben Note 90—92.
139) Wie dieß **Runde**, Güterrecht §. 53, S. 128, 129, thut. S. aber **Mittermaier** a. a. O. §. 401, Note 7—10.
140) Vgl. oben Note 116, 117, 118.
141) Pr. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 378 u. 379.
142) Lipp. Verordn. v. 1786, §. 9, 10.
143) **Runde** a. a. O. §. 36, S. 86, 87.
144) Pr. Landr. a. a. O. §. 363.
144a) Jeder haftet nur für die Schuld des anderen, welche auf eine ſie **beide** verbindende Weiſe contrahirt worden: **Eichhorn**, Einleit. §. 308, II. — Nach der holſtein. Verordn. v. 24. Dec. 1753 für die Grafſchaft Ranzau iſt ſelbſt des Ehemannes Haftung für Schulden auf den Betrag des ehelichen Geſammtvermögens beſchränkt. Gewiß die am ſtrengſten feſtgehaltene Conſequenz einer Idee der moraliſchen Perſon als Subject des gemeinen Gutes.
145) Vgl. oben Note 97.
146) Vgl. oben Note 95, 96.

indeß ſeine Haftung, abgeſehen von dieſem letzteren Falle, als eine Verhaftung der von der Frau in ſeine Gewere gebrachten Güter erklären wollen, und dafür den Grundſatz angerufen: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno. Daraus wird denn im weſentlichen die Folgerung gezogen: inſofern in dem Augenblicke, wo ein Gut durch die Frau dem Geſammtvermögen zufällt, Schulden derſelben exiſtiren, mindern dieſe den Betrag dieſes Gutes, und es muß alſo das zugefallene Activum inſoweit vom Manne den Gläubigern der Frau (und zwar allen, denen die Frau verpflichtet, wenn auch der Mann in Beziehung auf ſich die Schuld als ungiltig behandeln könnte) zu ihrer Befriedigung herausgegeben werden, als es hiezu erforderlich iſt. Weitere Haftung des Mannes für die Schulden der Frau gedachter Art ſoll aber darnach nicht ſtattfinden, weil aus der Succeſſion des Mannes in das Vermögen der Frau nach teutſchen Grundſätzen eine Verhaftung für deren Schulden über den Activbeſtand deſſelben hinaus nicht folge[147]). — Dieſer Anſicht ſteht nun zwar ſo viel zur Seite, daß eine Gewere des Mannes nur am activen Vermögen der Frau ſich denken läßt, und mit ihr eine perſönliche Haftung des Mannes für die Schulden der Frau gar nicht verbunden ſein konnte. Hier fand aber auch, eben ſo wie beim teutſchen Erben eine eigentliche successio per universitatem überall nicht ſtatt. Daß aber dahingegen in Teutſchland die Anſicht, daß der Mann in das Gut der Frau per universitatem ſuccedire, wenigſtens zuweilen ſich geltend gemacht hat, läßt ſich nicht bezweifeln[148]). Eine ſolche Succeſſion iſt aber nach poſitivem Rechte[149]) immer ein Eintreten in die vermögensrechtliche Perſönlichkeit ſelber, ſo weit dieſe nicht mit dem hinweggefallenen Subjecte unzertrennlich verbunden iſt[150]); und es läßt ſich die Bildung einer beſonderen Art von Univerſalſucceſſion für den vorliegenden Fall um ſo weniger annehmen, als manche Geſetze die Haftung des Inhabers des ehelichen Gemeinſchaftsvermögens für alle Schulden beider Eheleute, nämlich mit Einſchluß der vor der Ehe entſtandenen, unbedingt ausſprechen[151]). — Im einzelnen Falle wird man indeß darauf ſehen müſſen, welche Anſicht particularrechtlich die herrſchende geworden iſt. — Es bedarf aber des Principes: bona non intelliguntur etc., überall nicht, um den Mann zu den Gegenleiſtungen für dasjenige zu verpflichten, was die Frau während der Ehe dem gemeinen Gute erwirbt. Denn wenn auch z. B. die

---

147) Runde a. a. O. §. 38, 39, S. 89 flg., vgl. §. 61, S. 145.

148) Es zeigt ſich dieß ſchon darin, daß ſie von einem bewährten practiſchen Juriſten, der dieſer Materie eine vorzügliche Aufmerkſamkeit zugewendet hat (von Runde a. a. O.), ohne Weiteres angenommen wird.

149) Eine Verpflichtung beſteht ihrem Grundbegriffe nach in einer Beſchränkung des Statusrechtes, nur zu eigenen Zwecken die rechtlich geſtattete Willkür zu üben. In ihrer Natur liegt alſo nichts, was ihren Uebergang auf einen Nachfolger in die ſonſtigen Vermögensverhältniſſe des Verpflichteten erheiſcht.

150) Vgl. m. Identität u. ſ. w. §. 20, Note 59, S. 126, 127.

151) Lipp. Verordn. v. 1786 §. 12, 15. Vgl. Eichhorn, Einleit. §. 308, II. Mittermaier a. a. O. §. 402, I.

Frau auf Credit kauft, alſo ein Gut ohne Erfüllung der Gegenleiſtung erwirbt, ſo iſt der Mann nicht allein der Frau gegenüber zur Zahlung gehalten, weil in Anſehung des Errungenen allerdings ein Abzug der Schuld ſtattfinden muß, ehe von einem errungenen Gute die Rede ſein kann; ſondern wenn er den Erwerb nicht zurückweiſt, alſo das Geſchäft ratihabirt, kann dem Gläubiger auch eine Klage gegen ihn ſelber nicht abgeſprochen werden[152]). Auch rechtfertigt dieſes Princip es keineswegs, den Mann verpflichtet zu halten, Delictſchulden der Frau aus dem nach deren Entſtehung durch die Frau in die Gemeinſchaft gekommenen Gute zu bezahlen[153]). Denn der Erwerb der Frau für das gemeine Gut geht ja nicht etwa durch ein Sondervermögen der Frau, dem jene Schulden angehören, hindurch, ſondern unmittelbar durch ihre Handlung in jenes gemeine Gut hinüber; es fehlt alſo die zum Begriffe eines ſolchen Deducirens erforderliche Verbindung in demſelben Vermögen. — Der Concurs des Mannes muß nothwendig das innerlich vereinte Vermögen in ſeinem ganzen Umfange erfaſſen, weil es ganz ſein Vermögen iſt; er muß auch allen Gläubigern, welche durch die Schulden der Frau die ſeinigen geworden ſind, gegenüber wirken; und wegen der genoſſenſchaftlichen Rechte der Frau kann ſie als Gläubigerin hier überall nicht auftreten, ſelbſt nicht nach allen übrigen Gläubigern[154]). — Denn dieſes würde eine Auflöſung der ehelichen Vermögensgenoſſenſchaft vorausſetzen, die in der Güterabtretung an die Gläubiger nicht gefunden werden kann[155]). — In Anſehung ſolcher Schulden der Frau aber, welche der Mann nicht als giltige Schulden derſelben anzuerkennen braucht, oder in Anſehung welcher er nur aus einem ſolchen Grunde verhaftet iſt, aus dem er auch durch die Handlungen Dritter hätte verpflichtet werden können, wie wegen einer versio in rem oder negotiorum gestio, kann der Concurs des Mannes keinen Einfluß auf das Verhältniß der Gläubiger zu der Frau haben, wenn ſie auch in demſelben ihre Befriedigung ſuchen können. Dieß muß denn auch von den Schulden der Handelsfrau gelten, indem die Haftung des Mannes für dieſelben aus ſeiner Genehmigung erklärt werden muß. — Von einer Haftung der Frau für Schulden des Mannes kann erſt nach Auflöſung der Gemeinſchaft die Rede ſein. Wird ſie als Erbin des Mannes betrachtet, ſo iſt durch dieſes Verhältniß die Regel für dieſe Haftung gegeben. — Allein daß ſie eine Erbin im teutſchrechtlichen Sinne ſei, läßt ſich nicht als gemeinrechtlich vertheidigen, und ein römiſches Erbrecht entſpricht dem

---

152) Denn er haftet durch die Ratihabition als Auftraggeber, und ob die Vorausſetzungen einer actio negotior. gestor. oder de in rem verso hier vorhanden, erſcheint ſonach gleichgiltig. Daß indeß in der Annahme des Erwerbes noch keine Ratihabition liege, meint Runde a. a. O. §. 39, Note b.

153) So Runde a. a. O. S. 94.

154) Dieß nimmt indeß an Runde a. a. O. §. 62, S. 147, 148.

155) Nur particularrechtlich iſt dieß der Fall, z. B. nach der Hamb. Fallitenordnung, aber dennoch nur in Anſehung des ſpäter Erworbenen. Nach preuß. Landr., a. a. O. §. 421, kann Aufhebung verlangt werden: Deiters a. a. O. S. 362.

Weſen des Verhältniſſes nicht. Gemeinrechtlich muß ihr Verhältniß zum gemeinen Vermögen nach der Auflöſung der Ehe als eine Folge ihrer während derſelben beſtandenen Genoſſenſchaft angeſehen werden. Genoſſenſchaft an einem Vermögen kann an ſich nur eine Berechtigung ſein, wie die Zuſtändigkeit eines Vermögens überhaupt es iſt; ſie kann aber Verpflichtungen zur Folge haben. — Die aus dieſer Genoſſenſchaft entſpringenden Rechte der Frau bei Auflöſung der Ehe müſſen der Natur der Sache nach gleiche Beſchaffenheit haben. Daraus erklärt es ſich denn, daß ſie zwar für alle Schulden des Mannes, nach Verhältniß ihres Antheiles, haftet, wenn ſie dieſe Rechte nicht aufgibt, daß ſie aber durch Ausſchlagung derſelben von jeder Haftung für die Schulden des Mannes befreit wird[156]). Richtig iſt demnach alſo die Anſicht, daß dieſes ſogen. privilegium abdicationis keine Rechtswohlthat ſei; es folgt aber daraus nach dem Geſagten noch nicht, daß die Haftung der Frau für die Schulden des Mannes nur dadurch vermittelt werde, daß ſie mit ihren Anſprüchen den Gläubigern des Mannes nachſtehe[157]). Denn abgeſehen davon, daß dieſe Anſicht dem Begriffe der inneren Gütergemeinſchaft nicht entſpricht, ſteht ihr der Umſtand entgegen, daß die Frau, wenn ſie dieſe Abdication unterläßt, keineswegs nur ihren Antheil am gemeinen Gute zur Bezahlung der Schulden herzugeben genöthigt iſt, ſondern für den ganzen Betrag derſelben haftet[158]). Wo die Anſicht gilt, daß die Güter des einen Ehegatten dem anderen zu einem ideellen Antheile zufallen, da müßte indeß daſſelbe auch von den Schulden gelten. Indeß findet ſich wohl kein Beiſpiel dafür, daß man hier das Verhältniß hinſichtlich der Schulden anders aufgefaßt habe, als bei wahrer innerer Gütergemeinſchaft. Nur die Modification findet ſich hier, daß man das Haften der Frau für die Schulden des Mannes aus einer Verbürgung erklärt[159]), auch den einen Ehegatten für die Schulden, welche der andere contrahirt, nur inſofern verantwortlich gemacht hat, als dieß mit ſeinem Wiſſen und Willen geſchehen[160]). — Allein auch hier hat man die Befugniß der Frau, ſich durch gänzliche Enthaltung von der Verlaſſenſchaft von der Haftung zu befreien, feſtgehalten[161]). Für Delictſchulden des Mannes haftet ſie nicht weniger, als für andere[162]),

---

156) Als Erbſchaftsentſchlagung betrachtet dieß: Mittermaier a. a. O. §. 402, Note 37.

157) So Runde a. a. O. §. 51, S. 121 flg. — Daß das Vermögen der Frau für die Schulden des Mannes hafte (Eichhorn, Einleit. §. 308, II.), entſpricht einem Verhältniſſe nicht, in dem ſie kein von dem des Mannes verſchiedenes Vermögen hat.

158) Z. B. Hamb. St.=R. II. Tit. 5. a. 10. Hildesheimer Rathsbeſcheid v. 25. Aug. 1684, bei Pufendorf, obs. IV. 319. Lipp. Verordn. v. 1786 §. 12, 15.

159) Vgl. unten Note 161.

160) Nürnberg. Reform. Tit. 28, Art. 1.

161) Lotz a. a. O. S. 80, 81, 83. Coburg. Stat. Art. 11. Hildburgh. Stat. Art. 10. S. Ortloff a. a. O. S. 62, 68.

162) Runde, Güterr. §. 52, S. 127 und daſ. Cit. — Die Meinungen ſind indeß auch hier ſehr verſchieden, wie in Anſehung der Schuldenhaftung bei

wenn ihr auch bei der Theilung ein Anſpruch auf Vergütung für das dazu Verwandte eingeräumt wird[163]). — Uebrigens hat man die gegenſeitige Haftung wegen der Schulden als ein Merkmal der ſogen. eigenthümlichen Gütergemeinſchaft aufgeſtellt[164]); allein dieſer Geſichtspunkt kann nicht als paſſend betrachtet werden, weil ein Gegenſatz zwiſchen einer ſolchen und einer ſogen. nießbräuchlichen Gütergemeinſchaft ſich nicht rechtfertigen läßt.

Nicht überall indeß war es möglich, und eben ſo wenig konnte es überall zweckmäßig erſcheinen, dieſe innere Gemeinſchaft auf alle Güter der Ehegatten zu erſtrecken. Natürliche Folge derſelben iſt es, daß der überlebende Ehemann die ſämmtlichen zum ehelichen Vermögen gehörig geweſenen Güter behält[165]), indem ja dieſes Vermögen das ſeinige iſt; und wenn es auch das während der Ehe beſtehende Verhältniß nicht ändert, daß im Augenblicke der Auflöſung ideelle Theile entſtehen, wie dieß regelmäßig der Fall iſt[166]), ſo umfaßt doch auch der Antheil des Ueberlebenden die ganze Subſtanz jenes Vermögens eben ſo, wie der auf die Erben des Vorverſtorbenen fallende Antheil. Wenn man alſo auch die, allerdings zu größerer Conſequenz führende Anſicht nicht annimmt, daß ſämmtliche Güter der Frau durch Eingehung der Ehe dem Manne verfallen, und ſie beim Tode des Mannes ihn beerbt, während bei ihrem Tode der Mann ſich mit ihren Verwandten wegen ihres Erbrechtes abzufinden hat; ſo liegt doch in der Eingehung der Ehe hier immer eine Veräußerung der zugebrachten Güter, und zwar von Seiten beider Ehegatten; indem ja doch der Mann die Frau jedenfalls in die Genoſſenſchaft aufnimmt. — Güter alſo, welche in der Familie bleiben mußten oder ſollten, bei der ſie ſich einmal befanden, wie Stamm- oder Erbgut und Lehngut, durften nicht in die Gemeinſchaft kommen. Bei Bauerngütern konnte auch in der mangelnden Genehmigung des Grundherrn ein Hinderniß liegen, wiewohl der Eintritt der Frau in die Genoſſenſchaft der ſich auf ſolche Güter beziehenden, oder ihrer davon abhängenden Rechte, nicht immer davon abhängig iſt[167]). — Solche Umſtände mußten denn zur particulären Gütergemeinſchaft führen, die zwar in ſehr verſchiedenen Modificationen vorkommen kann, als deren Grundcharakter man indeß den der allgemeinen Gütergemeinſchaft betrachten muß[168]). Außer Stamm-,

---

der Gütergem. überhaupt. Vgl. Gründler, Polemik des germaniſchen Rechtes Th. 3, §. 550.

163) Preuß. Landr. a. a. O. §. 384, 385.

164) Runde a. a. O. §. 50, S. 118 flg.

165) Diejenigen, welche ſogen. condominium in solidum annehmen, kommen natürlich dahin, eben daſſelbe von der Frau zu behaupten. Vgl. Mittermaier a. a. O. (§. 351) §. 401.

166) Vgl. Eichhorn, Einleit. §. 298, 309.

167) Z. B. lipp. Verordn. v. 1786 §. 4. Tecklenburger Dienſtrecht §. 14: Da zwei aus denen Lehenleuten zur Ehe ſchreiten, und die erſte Nacht beigelegen ſind, ſo iſt die Leibzucht aller des Mannes Güter der Frauen, als wann ſie dieſelbe von dem Graffen zu Lehn empfangen — hätte. Vgl. auch Runde, Güterr. §. 17, S. 38 flg.

168) Vgl. Haſſe, Reviſion §. 55, S. 180 flg. Runde, Güterr. §. 36, S. 85 flg., §. 77, S. 181 flg. Eichhorn a. a. O. §. 312.

Erb- und Lehngütern pflegen die ererbten Immobilien von der Gemeinſchaft ausgeſchloſſen zu ſein, ſo daß dieſe ſich auf Mobilien und die während der Ehe erworbenen Güter beſchränkt. — In Anſehung der Schuldenhaftung müßte hier conſequent daſſelbe gelten, wie bei der allgemeinen Gütergemeinſchaft, wenn nicht beſondere Sanctionen oder Gewohnheit eine Beſchränkung herbeigeführt hätten. Es pflegt als gemeine Schuld nur diejenige betrachtet zu werden, welche zum Zwecke der Ehe oder mit beiderſeitiger Einwilligung contrahirt worden; oder man unterſcheidet auch zwiſchen Mobiliar- und Immobiliarſchulden, und ſieht nur die erſteren als gemeinſchaftliche an, aber auch wenn ſie ſchon vor der Ehe entſtanden ſind[169]). — Diejenige Art der particulären Gütergemeinſchaft dahingegen, welche man die Errungenſchaftsgemeinſchaft nennt, inſofern ſie nicht als Folge der allgemeineren Gütergemeinſchaft vorkommt, läßt nicht durchaus dieſelbe Behandlung zu. — Sie erklärt ſich nur aus einem Geſellſchaftsverhältniſſe der Ehegatten, vermöge deſſen ſie den durch ihre gemeinſame Thätigkeit während der ganzen Dauer der Ehe gemachten Erwerb ungetheilt laſſen und erſt am Schluſſe derſelben eine Auftheilung eintritt, bei welcher jeder von ihnen die von ihm erworbenen Rechte dem anderen mitzutheilen hat, dahingegen aber auch befugt iſt, daß der andere an der Tragung der von ihm übernommenen Verpflichtungen Theil nehme; indem erſt nach deren Abzug ſich eine reine Errungenſchaft herausſtellt. Zwar iſt die ſchon von älteren Juriſten gemachte Anwendung der Grundſätze von der Societät auf dieſes Verhältniß, namentlich von Haſſe[170]), beſtritten worden. Allein dann bliebe keine andere Grundlage für daſſelbe übrig, als die eheliche Vormundſchaft; und bei dieſer würde eine Beſchränkung auf das errungene Gut ſich überall nicht erklären laſſen. Jedoch wird das Societätsverhältniß hier durch die eheliche Vormundſchaft modificirt; der Mann iſt der hauptſächliche Socius[171]), von ihm hängt es ab, ob ein Erwerb gemacht werden ſoll. Das Verhältniß nimmt ſo eine einfachere Geſtalt an, indem dieſe Rechte in ſeine

---

169) Eichhorn a. a. O. §. 311, 312. Mittermaier a. a. O. (§. 357) §. 407. — Mag man indeß unter Immobiliarſchulden diejenigen verſtehen, welche hypothekariſch auf Immobilien ruhen, oder diejenigen, welche in der Ertheilung von Rechten an Immobilien beſtehen, ſo fehlt der Unterſcheidung doch immer ein haltbares Princip, und ſie kann nur particularrechtliche Geltung haben.

170) Reviſ. §. 56 flg., S. 183 flg. — Allein wenn mehrere in dem Verhältniſſe zu einander ſtehen, daß was der eine erwirbt oder aufwendet, verhältnißmäßig dem anderen mitgetheilt oder von ihm erſtattet werden muß, ſo ſind ſie socii, wenn dieß Verhältniß auch nicht durch Vertrag, ſondern nur dadurch entſtand, daß einer von ihnen in gemeinſchaftlichen Angelegenheiten, z. B. in Anſehung einer res communis, handelte; nur wird im römiſchen Rechte die actio pro socio nicht gegeben, weil die Gemeinſchaftlichkeit der Angelegenheiten durch ein anderweitiges Verhältniß begründet wird, und die aus dieſem entſpringende Klage zugleich zur Geltendmachung jener personales praestationes dient. Vgl. L. 1. L. 4. §. 3. L. 6. pr. §. 1. 2. L. 8. §. 2. 3. 4. L. 9. L. 11. L. 14—16. L. 29. D. communi dividundo. (10. 3.)

171) Vgl. oben Note 122.

Hand gelegt werden, und der Frau ein gewiſſer aliquoter Antheil an dem nach Abzug der ehelichen Schulden, wohin man die während der Ehe gemachten zu zählen pflegt, zu berechnenden Geſammtertrage zugeſchrieben wird; der aber erſt nach der Auflöſung der Ehe quantitativ feſtgeſetzt werden kann, und erſt von da an ihrer freien alleinigen Dispoſition unterworfen iſt[172]). Jedoch finden ſich auch Beiſpiele, daß während der Ehe erworbene Immobilien den Eheleuten gemeinſchaftlich in den öffentlichen Büchern adſcribirt werden; insbeſondre da, wo die Idee einer inneren Gemeinſchaft der Güter ſich nicht ſtreng feſtgehalten findet[173]). — Es erklärt ſich aus jenem Verhältniſſe, daß Errungenſchaftsgemeinſchaft ſich nur beim Bürger- und Bauernſtande zu finden pflegt, wo die Ehefrau regelmäßig als miterwerbend erſcheint; daß ferner im Zweifel nur dasjenige zur Errungenſchaft gehört, was durch wirkliche Erwerbsthätigkeit[174]) (die collaboratio im Gegenſatze der adventitia, nämlich der auf andere Weiſe während der Ehe erworbenen Güter), wohin denn auch Unternehmungen, deren Ausfall vom Glücke abhängt, z. B. das Lotteriespiel[175]), allerdings gezählt werden dürfen, — während der Ehe gewonnen worden; nicht aber ein davon unabhängiger Erwerb, wie z. B. reine Schenkungen und Erbſchaften. Es läßt ſich aber auch auf der anderen Seite nicht leugnen, daß die Errungenſchaft als der erſte Anfang der inneren Gütergemeinſchaft ſich darſtellt[176]) und das übrige Vermögen der Ehegatten wurde, beſonders in den Städten, zunächſt wohl nur deßhalb in die innere Gemeinſchaft hereingezogen, weil es als der Betriebsfonds des gemeinſamen Erwerbes der Ehegatten betrachtet wurde. Allein dann mußte ſie auch die Natur der Errungenſchaftsgemeinſchaft verlieren und eine Vermögensgemeinſchaft werden, welche dann hierin ihre Veranlaſſung hatte; während die Möglichkeit ihrer rechtlichen Verwirklichung durch die vorhin angegebenen juridiſchen Momente gegeben war. — Uebrigens führt die Errungenſchaftsgemeinſchaft keine Pflicht der Ehegatten mit ſich, Erwerb zu machen, oder ihr Sondergut zu dem gemeinſamen Erwerbe zu benutzen; und man kann daher auch nicht ſagen, daß ſie ſtets eine ſogen. communio bonorum usufructuaria vorausſetze[177]). Da neben einer particulären Gütergemeinſchaft, und in noch weiterem Umfange neben bloßer Errungenſchaftsgemeinſchaft, auch immer ein getrenntes Güterverhältniß, wenigſtens als Rechtsinſtitut, beſteht, ſo können

---

172) Vgl. Runde, Güterr. §. 21, S. 49, §. 83, S. 192, 193. Ueber den Abzug der während der Ehe gemachten Schulden und die Berechnung der Errungenſchaft: Eichhorn, Einleit. §. 312 a. E., §. 313, II.

173) Bei dem Syſteme der geſammten Hand. So nach altem Frankf. Rechte: Euler a. a. O. §. 7, S. 33.

174) Belegſtellen: bei Kraut, Grundr. S. 338, 339. Wiarda, Willkühren der Brockmänner S. 109.

175) Vgl. Adlerflycht, frankf. Privatr. II. S. 472, auch preuß. Landr. II. Tit. 1, §. 402—404; jedoch auch Mittermaier a. a. O. §. 408, Note 13.

176) Zeugniſſe: bei Kraut a. a. O. S. 318, 319.

177) Wie Eichhorn, Einleit. §. 311, annimmt.

auch daneben alle diejenigen Inſtitute vorkommen, welche bei letzterem vorzukommen pflegen, z. B. Morgengabe, ſo wie denn auch Rückforderung des Eingebrachten dabei vorkommt[178]). — Die eheliche Vormundſchaft beſchränkt indeß auch hier die Frau in den Verfügungen über ihr Sondergut[179]).

Die vorgedachten Güterverhältniſſe der Ehegatten entſtehen, ſofern ſie in Geſetzen vorgeſchrieben oder in Gewohnheitsrechten begründet ſind, abgeſehen von den Dotalverhältniſſen, Leibgeding und Witthum, deſſen Beſtellung indeß zuweilen eine Pflicht des Mannes iſt[180]), blos durch die Ehe, und zwar jetzt regelmäßig ſchon durch die Eingehung und nicht erſt durch Beſchreitung des Ehebettes[181]); wiewohl bisweilen die Gütergemeinſchaft erſt nach einer gewiſſen Dauer der Ehe, z. B. von Jahr und Tag[182]), nach der Geburt eines Kindes[183]), oder bei beerbter Ehe[184]) eintritt. Es entſcheiden dabei die Geſetze und Gewohnheiten des Ortes, an dem der Mann zur Zeit der Eingehung der Ehe ſein Domicil hat[185]). Indeß können ihre Beſtimmungen durch Eheverträge[186]) ausgeſchloſſen, und dann die gedachten Güterverhältniſſe auch, wo ſie nicht aus jenen Normen folgen, durch Vertrag unter den Ehegatten feſtgeſetzt werden. Deßhalb unterſcheidet man denn auch eine communio bonorum legalis und conventionalis; inſofern letztere nur eine Abänderung der erſteren enthält, ſetzt man ſie ihr, der regulären, als die irreguläre entgegen. Welche Verhältniſſe die Ehegatten auf dieſe Weiſe begründen, und wie ſie dieſelben modificiren wollen, hängt im allgemeinen, ſofern ſie die Vermögensverhältniſſe betreffen (pacta dotalia, im Gegenſatze der die perſönlichen Verhältniſſe betreffenden pacta nuptialia), von ihrer Willkür ab. Die Aufhebung der geſetzlichen Gütergemeinſchaft iſt jedoch zuweilen in Particularrechten in gewiſſen Beziehungen unterſagt[187]), und inſofern ſie die Ehegatten von der aus der Gütergemeinſchaft entſpringenden Haftung gegen die Gläubiger befreien ſoll, an öffentliche Bekannt-

178) Vgl. z. B. bayer. Landr. Th. 1, Cap. 6, §. 36, 37.

179) Eichhorn, Einl. §. 312. II. 3.

180) Brem. Ritterr. Tit. 7, §. 1.

181) Z. B. lipp. Verordn. §. 1. Das ältere teutſche Recht, welches zur Begründung der Genoſſenſchaft der Frau die Beſchreitung des Ehebettes fordert (vgl. die Stellen bei Kraut a. a. O. S. 316 und Kraut, die Vormundſchaft S. 176, 181), iſt zuweilen noch, beſonders beim Adel, in Anwendung.

182) Schweidnitz. Stat. bei Scherer a. a. O. 1, 51. Hohenloh. Landr. I. Tit. 4, §. 1.

183) Wurſter Landr. Tit. 1, Art. 1, §. 1—3. Hohenloher Landr. a. a. O.

184) Lüb. R. B. 1, Tit. 5, Art. 7. Vgl. Eichhorn, Einl. §. 308, Note f.

185) Eichhorn, Einl. §. 307, Note c. Arg. L. 65. D. de iudiciis. (5. 1.)

186) S. den Art. Ehevertrag.

187) Vgl. Nürnb. Reform. Tit. 28, 6. Pr. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 412 flg. — Ueber vertragsmäßige Gütergemeinſchaft Pr. Landr. a. a. O. §. 360 flg. und öſterr. G. B. Art. 1233 flg.

machung gebunden[188]); die aber, wie ſich von ſelbſt verſteht, gegen diejenigen Gläubiger, denen gegenüber durch eine bereits entſtandene Gütergemeinſchaft ſchon eine ſolche Haftung begründet iſt, nicht wirkſam werden kann. Wenn ferner eine dos oder donatio propter nuptias beſtellt worden, können die geſetzlich mit dieſen Verhältniſſen verbundenen Rechte der Ehegatten ſelbſt, nämlich diejenigen, welche bei ihrem Leben für ſie wirkſam werden, dadurch nicht giltig beſchränkt werden[189]); ſo wie ſie auch während der Ehe nicht mit unbedingter Giltigkeit geſchloſſen werden können, wenn ſie eine Schenkung des einen Gatten an den anderen enthalten; und endlich können ſie nicht wirkſam werden, inſofern ihrer Wirkſamkeit die Rechte Dritter entgegenſtehen, welche auf dieſelben nicht giltig Verzicht geleiſtet haben. Wenn demnach die Eheverträge, abgeſehen von der zur Beſtellung einer donatio propter nuptias oder ſonſtiger Schenkung erforderlichen Inſinuation, nur particularrechtlich beſonderer Formen bedürfen, z. B. Beſtätigung von öffentlichen Behörden[190]), ſo wird doch wegen ihrer Beziehungen auf die Rechte Dritter, deren Zuſtimmung oft räthlich oder erforderlich, namentlich der Eltern oder ſonſtigen Verwandten[191]), oder, wenn Rechte an Lehngütern dadurch begründet werden ſollen, Conſens des Lehnherrn[192]). — Ja inſofern dieſe Verträge den dereinſtigen Rückfall der dos und der donatio propter nuptias betreffen, können ſie vor deren Beſtellung ſelbſt von dritten Perſonen, aus deren Vermögen dieſe Güter fließen, mit den Ehegatten errichtet werden[193]). — Für die Interpretation der Eheverträge wird der Sinn der Formeln: Leib an Leib, Gut an Gut, Hut bei Schleier, Schleier bei Hut, längſt Leib längſt Gut, von Bedeutung. Die allgemeinen Interpretationsregeln müſſen entſcheiden, ob im einzelnen Falle darunter Gütergemeinſchaft, oder gegenſeitiges Succeſſionsrecht zu verſtehen iſt. Im allgemeinen läßt ſich nur ſo viel ſagen, daß ſie wenigſtens einen lebenslänglichen Nießbrauch des Ueberlebenden am Gute des Vorverſtorbenen begründen[193a]). Die Hauptbeſtimmungen dieſer Eheverträge pflegen auf den Fall der Auflöſung der Ehe durch den Tod zu gehen und über die Succeſſion des einen Ehegatten nach dem anderen zu verfügen, und ſind inſofern Erbverträge[194]). Auf derartige Beſtimmung iſt denn die Regel: Kinderzeugen bricht Eheſtiftung, zu beziehen, vermöge welcher ſolche Verträge ſo angeſehen werden, als ob ſie nur auf den Fall geſchloſſen worden, daß bei Auflöſung der Ehe durch den Tod keine Kinder aus derſelben

---

188) Z. B. Roſtock. St. R. Th. 1, Tit. 5, Art. 6. Lüneb. St. R. v. 1778 §. 1. Lipp. Verordn. §. 32.

189) Vgl. Thibaut a. a. O. §. 372, Note p. q. r. t. u.

190) Vgl. z. B. Eichhorn, Einl. §. 95, Note h. Preuß. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 356 flg., 422 flg. Lipp. Verordn. v. 1786 §. 4.

191) Vgl. Eichhorn, Einl. §. 309, Note g. S. indeß auch den Art. Ehevertrag Note 50, 51.

192) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 595, Note 8.

193) Vgl. Thibaut a. a. O. §. 370, 371.

193a) Mittermaier a. a. O. §. 410, III.

194) S. die Artikel Ehevertrag und Erbvertrag.

vorhanden, oder dieſe eine unberennte, oder unbeerbte, ſein werde[195]). — Auch die Geſetze haben bei ihren Beſtimmungen über eheliche Güterverhältniſſe häufig vorzugsweiſe nur den Zeitpunkt der Auflöſung der Ehe durch den Tod im Auge, ſo daß aus den dann eintretenden Verhältniſſen ſich erſt erkennen läßt, wie das Verhältniß während der Ehe ſei[196]). In einem ſolchen Falle wird man im Zweifel während der Ehe nur getrenntes Güterverhältniß annehmen dürfen; und man würde dann derartige Beſtimmungen nur als ſolche betrachten können, welche eine Erbfolge der Ehegatten reguliren, ſofern ſie dem einen von den Gütern des anderen Zuwendungen machen. Dieß würde dann weiter dahin führen, daß diejenigen Normen entſcheiden müßten, welche an dem Orte, wo der verſtorbene Ehegatte zur Zeit ſeines Todes ſein Domicil hatte[197]), gelten. Allein ihre Anwendbarkeit würde doch immer ausgeſchloſſen ſein, wenn ſchon während der Ehe ein zu gewiſſen Folgen für den Todesfall führendes Verhältniß beſtanden hätte, ehe die Ehegatten in die Lage gekommen, ihnen überhaupt unterworfen ſein zu können. Daſſelbe muß aber auch von der Anwendbarkeit ſolcher Normen gelten, welche in der That das Verhältniß während der Ehe betreffen, weil ja auch ihrer Anwendbarkeit ein bereits beſtehendes Verhältniß entgegenſteht. Denn daß ein einmal entſtandenes rechtliches Verhältniß dadurch nicht aufgehoben wird, daß deſſen Subjecte ſich an einen Ort begeben, wo es nicht auf gleiche Weiſe entſtehen können, ſollte doch keiner Erinnerung weiter bedürfen. — Wie aber dieſes Verhältniß entſtanden, iſt, ſobald es einmal giltig beſteht, offenbar gleichgiltig. Sobald man das Geſagte für den Fall, wo ein gewiſſes Güterverhältniß durch Vertrag unter den Ehegatten feſtgeſetzt iſt, gelten läßt, ſo muß man es auch von dem Falle gelten laſſen, wo die Eheleute durch Eingehung einer Ehe, ohne ein beſtimmtes Güterverhältniß durch ausdrücklichen Vertrag feſtzuſetzen, das im derzeitigen Domicil des Ehemannes geſetzlich oder gewohnheitsrechtlich geltende Güterrecht re oder facto contrahirten[198]). Nur darf man in dieſem Falle das entſtandene Güterverhältniß nicht mit Danz[199]) auf eine Präſumtion, daß ſie ſich dieſem Güterrechte unterworfen, gründen wollen. Denn dieſer bedarf es hier gar nicht, und gegen ſie hat ſchon Haſſe[200]) nach dem Vorgange Anderer erinnert, daß ſie nicht ausreiche, wenn erwieſen werde, daß ſie eine ſolche Abſicht, ungeachtet

195) Eichhorn, Einleit. §. 347. Runde, Güterr. §. 17, S. 39, 40, §. 162, S. 356.

196) So z. B. die oldenb. Verordn. v. 1754. Vgl. Runde, Güterr. §. 25, S. 58 flg. und §. 58, S. 140, Note g und daſ. Cit., auch Eichhorn a. a. O. §. 298, Note d.

197) Im Lüb. R. II. Tit. 2, §. 10, tritt ſelbſt die Anſicht hervor, daß die Geſetze des Ortes entſcheiden, wo der Inhaber des gemeinen Gutes zur Zeit der Theilung ſein Domicil hat.

198) Einer ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Einwilligung in das Güterrecht, welches die Geſetze als Regel vorſchreiben, bedarf es allerdings nicht: Runde, Güterr. §. 37, S. 88.

199) A. a. O. Th. VI, §. 604.

200) Reviſion S. 79 flg.

ein anderweitiges Güterrecht nicht von ihnen feſtgeſetzt worden, nicht gehabt hätten. Man kann demnach der Anſicht, daß ein nicht durch ausdrücklichen Vertrag begründetes eheliches Güterverhältniß mit der Veränderung des Domicils der Ehegatten ſich ebenfalls verändere, wenn in den verſchiedenen Domicilen verſchiedene Güterrechte als Regel geltend wären, nicht beitreten[201]).

Mit der Auflöſung der Ehe muß auch jede eheliche Gütergemeinſchaft hinwegfallen, weil ſie nur zwiſchen Ehegatten beſteht, und die derſelben unterworfen geweſenen Güter verbleiben entweder dem Ueberlebenden allein, oder es fallen ihm und den Erben des Vorverſtorbenen beſtimmte Antheile derſelben zu. Eine Gemeinſchaft kann nur noch beſtehen, inſofern ſie durch die reelle Ungetheiltheit der körperlichen Güter hervorgerufen wird. Im Falle der Trennung der Ehe durch Scheidung ſowohl als durch den Tod muß alſo nach Verhältniß des einem jeden zugefallenen Antheiles die Theilung beſchafft werden; im erſteren aber können dem Unſchuldigen an dem Antheile des Schuldigen noch Anſprüche auf die verwirkte Strafe zuſtehen, die dann verſchieden ſind, je nachdem eine dos und donatio propter nuptias beſtellt worden, oder, wie es bei allgemeiner Gütergemeinſchaft immer der Fall, ſolche fehlen[202]). — Sind indeß die Erben des vorverſtorbenen Gatten Kinder aus der durch ſeinen Tod aufgelöſten Ehe, ſo findet zuweilen eine ſogen. fortgeſetzte Gütergemeinſchaft (communio bon. continuata s. prorogata) ſtatt, welche darin beſteht, daß der Ueberlebende das in der Ehe vereint geweſene Gut ohne reelle Auftheilung als ein einziges, aber beſonderes abgeſchloſſenes Vermögen in Händen behält, ſo daß Güter, welche die Theilhaber dieſes Vermögens anderswoher erwerben, nicht dazu gehören[203]). Es läßt ſich dieſes Verhältniß alſo einerſeits nicht denken, wenn das vereint geweſene Gut dem überlebenden Gatten allein verbleibt[204]). — Es kann aber auch in Anſehung getrennter Güter beſtehen, ſobald ſie nur nicht reell getheilt ſind. Iſt letzteres dahingegen der Fall, z. B. wenn bei particulärer Gütergemeinſchaft das gemeine Gut mit dem Sondergute des Ueberlebenden in deſſen Hand verbleibt, ſo kann in Anſehung des ſo Getheilten eine Gemeinſchaftlichkeit nur in der Adminiſtration gedacht werden. Nur eine ſolche gemeinſchaftliche Adminiſtration, jedoch mit der Grundlage einer ſich über das ganze Gut erſtreckenden Gewere, kann

---

201) Ueber dieſen ſtreitigen Punkt: Eichhorn, Einleit. §. 35, Ziſ. 2, Note g, §. 307, Note d und daſ. Cit. — Funcke, Arch. für civ. Praxis XXI. S. 368—390.

202) Vgl. oben Note 66—73. c. 10. X. de consuet. (1. 4.) und darüber: Haſſe, Reviſ. §. 36, S. 125 flg. Lippiſche Verordn. v. 1786 §. 32, Ziſ. 4. Eichhorn, Einleit. §. 310, I. Mittermaier a. a. O. §. 406.

203) Maurenbrecher, teutſch. Privatr. §. 496. Neuß, Theorie u. ſ. w. der allgem. Gütergem. §. 77. — Dahingegen verweiſen auch das anderswoher erworbene Gut aller Theilhaber in die Gemeinſchaft: Weyer, de comm. bon. P. II. th. 3. Mittermaier a. a. O. §. 404. S. unten

204) Eine beſondere Art der fortgeſ. Gütergem. nimmt hier an Mittermaier a. a. O.

darunter verſtanden werden, wenn die Rechtsbücher bei im Inneren getrenntem Güterverhältniſſe den Fall kennen, daß der überlebende Gatte mit den Kindern oder Erben im ungezweiten Gute bleibt[205]). Man bezeichnet dieß Verhältniß auch als den Beiſitz, oder das Sitzen in gemeinem Gedei und Verderb. Ein Recht des überlebenden Gatten auf dieſes Verhältniß ſetzt zwar eine väterliche Gewalt oder eine Vormundſchaft voraus; womit denn ein Nießbrauch am Vermögen und die Pflicht, die Kinder zu alimentiren, verbunden zu ſein pflegt[206]). — Allein eine genügende Beſtimmung ſeines Weſens iſt damit noch nicht gegeben, und die paſſendſte Analogie dürfte dafür der Beſitz einer hereditas von Seiten eines heres pro parte gewähren; wobei man denn aber ein Recht auf dieſen Beſitz bei dem Ueberlebenden annehmen muß, ſo daß, wenn auch allen Theilhabern ſchon aliquote Theile zuſtehen[207]), dennoch einer von ihnen legitimer Quaſibeſitzer des Vermögens iſt. In Anſehung des Umfanges ſeiner Befugniſſe iſt es aber nicht außer Acht zu laſſen, daß die hiſtoriſche Grundlage des Inſtitutes die Gewere zur rechten Vormundſchaft iſt. Es ſteht dem auch nicht entgegen, daß hier eine Gewere zum Theil am eigenen Gute beſtehen würde. Denn es iſt auf die Gewere an ſich ohne Einfluß, ob ſie an eigenem oder an ſolchem Gute beſteht, in Anſehung deſſen der Inhaber der Gewere gewiſſen Perſonen gegenüber wegen des dieſen zuſtehenden Rechtes als ein Nichtberechtigter erſcheint[208]). — Das Recht dieſer letzteren, hier der Kinder, kann indeß nur beim Eintritte gewiſſer Umſtände von ihnen geltend gemacht werden. Solche Umſtände ſind bald die erreichte Volljährigkeit, bald ihre Verehelichung, bald die andere Ehe des überlebenden Gatten, oder ſchlechte Adminiſtration[209]) deſſelben; und bald können ſie nur eine Ausſteuer[210]), bald (theilweiſe) Abſonderung vom Vermögensantheile des Vorverſtorbenen, bald aber auch (gänzliche) Abſchichtung vom ganzen Vermögen mit Einſchluß des Antheiles des Ueberlebenden fordern. Letzteres tritt namentlich bei Eingehung einer anderen Ehe von Seiten des Ueberlebenden ein, und zwar zuweilen ſo, daß auch dadurch, für den Fall, daß dieſe Ehe beerbt iſt, das Erbrecht des abgeſchichteten Kindes nach dem Abſchichten-

---

205) Sächſ. Landr. I. 20. III. 76. Runde, Güterrecht §. 9, S. 22, 23, §. 111, S. 249 flg.

206) Die Mutter nämlich pflegt man dann förmlich als Vormünderin zu beſtellen. Vgl. Berck a. a. O. S. 57.

207) Für die ideellen Antheile in der prorogirten Gütergem. finden ſich Beiſpiele aus den Bremer Stat., Hadeler Landgerichtsverordn., Solmſer Landrecht und Lübiſchem Rechte bei Haſſe, Reviſion S. 64 flg. Not. Vgl. Runde, Güterr. §. 15, S. 36 a. E., §. 114, S. 256. Auch letzterer betrachtet das Verhältniß als communio incidens.

208) Hier nämlich in Anſehung der Zuſtändigkeit der ideellen Antheile der Kinder, welche auch als Kinder in der Were bezeichnet werden: Lüb. R. v. 1240 Art. 12.

209) Ueber die Pflichten bei der Adminiſtration: z. B. lipp. Verordn. v. 1786 §. 17.

210) So bei der Verheurathung: Lipp. Verordn. §. 18, §. 117, S. 260.

den erliſcht[211]); in welchem Falle denn aber auch das dieſem zwiſchen der Auflöſung der früheren und der Eingehung der anderen Ehe zugefallene Gut mit zur Theilung gebracht werden muß[212]). Der zur anderen Ehe ſchreitende Vater iſt, wegen der Fortdauer ſeines Nießbrauches, zuweilen nur zu einer Auseinanderſetzung oder Auslobung in Anſehung des mütterlichen Vermögensantheiles gehalten; auch kann die Errichtung einer Einkindſchaft die Abtheilung bei Eingehung einer anderen Ehe überflüſſig machen[213]). — Die Kinder können indeß auch ſchon vor einer Abſonderung inſofern über ihre Antheile disponiren, als dieß unbeſchadet der Gemeinſchaft und der Verwaltungs- und Gebrauchsrechte des Ueberlebenden geſchehen kann, z. B. durch Verfügungen auf den Todesfall. Zwar ſteht ihnen dieſe Befugniß dann nicht zu, wenn die während der Dauer des Verhältniſſes verſterbenden Kinder ſchlechthin als hinweggefallen betrachtet werden, ſo daß nur ihre Deſcendenten an ihre Stelle treten können. Allein dann wird man auch keine eigentliche communio bon. prorogata annehmen dürfen, ſondern vielmehr den überlebenden Parens als das alleinige Subject des Vermögens betrachten müſſen. Bei der Abtheilung der Kinder werden alle Schulden, auch die durch die Verfügungen des überlebenden Parens entſtandenen, vorabgezogen, und es wird ihnen ihr Antheil in reinem Activvermögen überwieſen[214]). Nicht der Tod eines der Kinder, wohl aber der des überlebenden Parens, löſt das Verhältniß auf; auch kann letzterer bei ſeinen Lebzeiten denjenigen Kindern, in Anſehung welcher er keine vormundſchaftliche Pflichten mehr hat, die Theilung aufdringen[215]). — Eine Ausſteuer (adparatus, instructus muliebris, phaderphium) wird bei der Verheurathung eines Kindes, und zwar auch wenn ſie während der Fortdauer der Ehe der Eltern und des durch ſie begründeten Güterverhältniſſes erfolgt, nach regelmäßiger teutſcher Sitte oder rechtlicher Beſtimmung gegeben, und pflegt in ſolchen Vermögensgegenſtänden zu beſtehen, die zur Einrichtung eines Haushaltes dienen[216]). Als ein beſonderer Vermögensantheil kommt ſie regelmäßig nur in dieſem Verhältniſſe, nicht aber in Beziehung auf die Güterverhältniſſe der Eheleute zu einander vor[217]), und ihre Beſtandtheile können bald zum Sondergute des Ausgeſteuerten, bald zum Dotalgute und bald zum gemeinſchaftlichen Gute gehören[218]). — Auch Hochzeitsge-

211) Lüb. R. B. 2, Tit. 2, §. 28, 33, 34.

212) Als Regel, ſo daß dieſes Gut immer in die Gemeinſchaft fällt, betrachten dieß Eichhorn, Einleit. §. 309 a. E. Runde, Güterr. §. 114, S. 255, auch die lipp. Verordn. v. 1786 §. 19. — Ueber die Theilungsarten: Eichhorn a. a. O. §. 310, IV.

213) S. den Art. Einkindſchaft.

214) Runde, Güterr. §. 114, 115, S. 254 flg.

215) Eichhorn a. a. O. §. 310, IV.

216) Eichhorn a. a. O. §. 302. Mittermaier a. a. O. (§. 343) §. 392.

217) Bisweilen iſt zwar auch dem Manne gegenüber von einer Ausſteuer der Frau die Rede. Allein dann bezeichnet ſie das Eingebrachte der Frau, indem dieß oft nur in der Ausſteuer beſteht.

218) Vgl. Mittermaier a. a. O. Thibaut, Syſt. des Pandektenr. §. 334.

ſchenke, nämlich ſolche, welche den Neuvermählten von anderen Perſonen gemacht werden, bilden eigentlich keinen beſonderen Vermögenstheil, wenn gleich ſie, als beiden Ehegatten gemacht, im Zweifel betrachtet werden [219]).

Mit der fortgeſetzten Gütergemeinſchaft iſt zuweilen die Beſchränkung des überlebenden Ehegatten verbunden, daß ihm Veräußerungen des ungetheilten Gutes, und zwar ſelbſt in Anſehung ſeines eigenen Antheiles, unterſagt ſind, ein Verhältniß, welches häufig als die Verfangenſchaft bezeichnet wird, indeß ſich nur auf die Immobilien zu erſtrecken und ſich ſelten erhalten hat [220]). Die verfangenen Güter erſcheinen darnach als Eigenthum der Kinder, welche in Anſehung derſelben ihren Eltern, alſo dem Ueberlebenden, durch eine ſogen. successio anticipata ſuccedirt ſind [221]).

Mit der Verfangenſchaft haben die Verhältniſſe Aehnlichkeit, welche das römiſche Recht bei Trennung der Ehe oder Eingehung einer zweiten Ehe in Anſehung derjenigen Güter, welche dem einen Ehegatten von dem anderen zur Strafe oder zufolge willkürlicher Dispoſitionen angefallen ſind, aufſtellt. Denn ſind Kinder aus der getrennten Ehe vorhanden, ſo fallen die von dem in Anſehung der Scheidung ſchuldigen Gatten verwirkten Güter dieſen eigenthümlich zu, und der unſchuldige erwirbt nun den Nießbrauch [222]). Eben daſſelbe tritt ein, wenn der überlebende Ehegatte zufolge vertragsmäßiger oder letztwilliger Verfügungen die Güter erwirbt, welche die dos oder donatio des vorverſtorbenen gebildet haben [223]), wiewohl mit Ausnahme eines Kindestheiles [224]), und wenn die arme Wittwe ihren Ehemann beerbt [225]). Ferner tritt dieſe Wirkung ein bei Eingehung einer zweiten Ehe in Anſehung derjenigen ſonſtigen Güter, welche aus dem Vermögen des vorverſtorbenen entweder durch deſſen Liberalität [226]), oder dadurch, daß ſie einem Kinde aus der getrennten Ehe zugefallen waren, welches der überlebende Gatte, mit deſſen Geſchwiſter gleichzeitig und deſſen Antheil beſchränkend, ab intestato beerbte, zufielen, an den überlebenden Ehegatten gekommen ſind [227]). Der letztere Fall ſetzt vor-

---

219) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 397.

220) Runde, Grundſ. §. 613. Mittermaier a. a. O. §. 438. — Vgl. darüber auch Scherer a. a. O. §. 116 flg.

221) Runde, Güterr. §. 106, S. 240.

222) Vgl. oben Note 66—68, 71, 72.

223) Nov. 98. c. 1.

224) Nov. 127. c. 3. Vgl. auch Marezoll in Linde's Zeitſchr. III. S. 103—114.

225) Vgl. oben Note 69.

226) L. 3. pr. C. de secund. nupt. (5. 9.)... quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quidquid etiam nuptiarum solennitate perceperint, aut quidquid mortis causa donationibus factis, aut testamento iure directo, aut fideicommissi vel legati titulo, vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis etc.... perceperint. — Vgl. L. 4. L. 5. §. 2. C. eod. L. un. C. si sec. nups. (5. 10.) Nov. 2. c. 2. Nov. 22. c. 32.

227) L. 3. §. 1. C. de secund. nupt. Nov. 22. c. 27.

aus, daß man die ſogenannten poenae secundarum nuptiarum als geltend betrachtet. Theoretiſch kann, ſo ſchwankend die Praxis auch darüber iſt[228]), ihrer Giltigkeit eben ſo wenig ein Grund entgegenſtehen, als der der Nachtheile der verſchuldeten Scheidung. — Das Eintreten des zweiten Falles leidet aber auch heutzutage überall kein Bedenken, ſobald nur die Gemeinſchaft der Güter nicht das Daſein einer dos oder donatio propter nuptias, oder die Möglichkeit des gedachten Erbfalles der armen Wittwe ausſchließt. Denn es verſteht ſich von ſelber, daß dieſe Beſchränkungen auf den Grund der römiſchen Vorſchriften nicht angewendet werden können, wenn einem Ehegatten ſein Antheil an dem ehelichen Gemeinſchaftsvermögen zufällt, oder er den anderen Ehegatten ab intestato beerbt, abgeſehen nämlich von dem Erbfalle der armen Wittwe; oder wenn ihm in Folge des Ehevertrages Güter von dem anderen Ehegatten zufallen, welche nicht als ein reines lucrum erſcheinen. —

Welche Wirkungen dieſes vielgeſtaltige, und bei der Bildung der einzelnen Verhältniſſe aus mehreren dieſer Geſtaltungen zuſammengeſetzte, Güterverhältniß in den einzelnen Beziehungen, worauf es Einfluß hat, mit ſich führt, das könnte nur bei Darſtellung eines einzelnen Particularrechtes näher erörtert werden, wo man von einer beſtimmten Art von Güterrecht und von einer beſtimmten bei demſelben herrſchend gewordenen Behandlungsweiſe ausgehen könnte[229]). Denn ſelten wird ſich eines jener verſchiedenen Hauptarten des Güterverhältniſſes rein vorfinden; und wohl nur dann, wenn römiſches Dotalrecht eine ausſchließliche Herrſchaft erlangt, oder ein Geſetz, wie z. B. die mehrfach allegirte Lippiſche Verordnung von 1786 ein doctrinelles Princip durchgeführt hat. Bei der Conſtruction jener Inſtitute, die ihre Hauptſtütze in hiſtoriſchen Momenten und der doctrinellen Entwickelung ſuchen muß, ſtellt ſich unter dieſen Umſtänden die practiſche Seite weniger ſcharf heraus und ſcheint daher eines beſonderen Hinblicks zu bedürfen. Sieht man auf ſie, ſo iſt während der Ehe die Stellung des Mannes allein oder vorherrſchend die active, die der Ehefrau die paſſive; nach der Auflöſung der Ehe nimmt der Ueberlebende die active Stellung ein, und wenn beim Vorhandenſein anderer Erben damit regelmäßig nur eine vorübergehende Beziehung zu dieſen verbunden iſt, weil ſofort zur Theilung geſchritten werden kann, ſo führt das Vorhandenſein von Kindern aus der getrennten Ehe doch oft zu Modificationen und dauernden Beziehungen zu dieſen in Anſehung des Vermögens, welches unter dem Einfluſſe des ehelichen Verhältniſſes

---

228) Vgl. Runde, Güterr. §. 120, S. 267, Note a.

229) Eine Ueberſicht der Verſchiedenheit der Güterrechte in den verſchiedenen teutſchen Ländern bei Mittermaier a. a. O. §. 387—391, wo außer den drei Arten der Gütergemeinſchaft und dem getrennten Güterverhältniſſe mit der Grundlage des ſächſiſchen Rechtes, noch die Lübiſchen Güterrechte als beſondere Art unterſchieden werden. Die Literatur der Lehre von der ehel. Gütergem. bei Eichhorn, Einleit. §. 307, Note a; und insbeſondere die über die Gütergem. der einzelnen Länder, ſo wie auch eine Ueberſicht der Geſetze derſelben über dieſe Materie, bei Phillips, die Lehre von der ehel. Gütergem. mit beſond. Rückſicht auf Preuß. prov. und allgem. R. S. 34—86.

geſtanden hat. Die wichtigſten practiſchen Richtungen, in Anſehung welcher hier noch einige ſpecielle Momente hervorgehoben zu werden verdienen, erſcheinen durch folgende Fragen ausgedrückt:

1) Welche Rechte hat der Mann an den Gütern der Frau?

2) Welche Stellung hat die Frau den Gläubigern gegenüber?

3) Welche Rechte hat der überlebende Ehegatte an der Verlaſſenſchaft des vorverſtorbenen?

4) In wiefern werden dieſe Rechte durch Kinder aus der getrennten Ehe modificirt?

Zu 1. Die Rechte, welche Dotalverhältniſſe dem Manne an den Gütern der Frau gewähren, ſind durch dieſe beſtimmt[230]). Ihnen ähnlich ſind ſeine Rechte aus der ehelichen Vormundſchaft; ſie ſind ebenfalls Ausübung der Vermögensrechte der Frau, aber ihre einzelnen Beſtandtheile ſind nach teutſchen Begriffen oder doch unter deren Einfluß gebildet. Sie ſind aber keineswegs in der Art ausgebildet, daß ſich ein beſtimmt begrenztes und klagbares obligatoriſches Verhältniß zwiſchen Mann und Frau in Anſehung der von ihm aufzuwendenden Sorgfalt nachweiſen ließ[231]). — Das Gebrauchsrecht des Mannes, welches bei den Dotalverhältniſſen durch ſeine Verbindung mit der Ausübung von Eigenthumsrechten ſich ſchon vom bloßen römiſchen Uſusfruct unterſcheidet, nimmt auch hier durch die Gewere des Mannes an dem Hauptobjecte ſelber einen von dieſem verſchiedenen Charakter an; es läßt ſich aber auch keineswegs der Umfang deſſelben nach einem ſolchen Uſusfruct bemeſſen, ſo daß der Erwerb, den er dadurch für ſich ſelbſt machte, auf die Früchte im römiſchen Sinne beſchränkt wäre[232]). Vielmehr gilt zuweilen die Regel: Frauengut gewinnt nicht und verliert nicht[233]); in Folge welcher er zwar unbedingt zur Reſtitution des empfangenen Frauenguts gehalten iſt[234]), aber nur in der Art, wie er es empfangen, und ohne deſſen Zuwachs durch Acceſſionen. Seine Dispoſitionsbefugniſſe ſind in ihrer Wirkſamkeit aber, ſofern ſie in Beziehung auf Erbgut ausgeübt werden, durch die Anfallsrechte der Erben der Frau und deren eigene beſchränkt, ſo daß nur echte Noth die Einwilligung derſelben überflüſſig macht[235]). Und wenn dies auch da hinwegfällt, wo, wie jetzt in der Regel, das Erbgut durch Aufhebung dieſer Beſchränkungen des Inhabers deſſelben oder des Retractrechtes ſeine Eigenſchaft als ſolches verloren hat; ſo iſt die Wirk-

230) S. oben nach Note 6.

231) Vgl. Runde, Güterr. §. 40, S. 95 flg.; jedoch auch §. 54, S. 131, wo diligentia quam suis rebus gefordert wird, erſichtlich auf den Grund des römiſchen Dotalrechtes.

232) Indeß wird das römiſche Recht auch hier ſeinen Einfluß ſelten entbehrt haben. Vgl. z. B. Runde, Güterr. §. 43, S. 105 flg. Ueber Nießbrauch am Nießbrauch der Frau und an Capitalien: ebendaſ. §. 45, 46, S. 109 flg.

233) Wicht, oſtfrieſ. Landr. Th. 2, Cap. 165.

234) Nämlich unter Erſatz des Abganges und der Verſchlimmerung: Wiarda, Aſegabuch VII. §. 23, S. 306. Runde, Güterrecht §. 10, S. 23.

235) Runde, Güterrecht §. 7, S. 16—18.

ſamkeit ſeiner Dispoſitionen doch nur da von der Einwilligung der Frau unabhängig, wo ſich ſeine Befugniß dazu aus ſeiner eigenen Gewere ableiten läßt, z. B. nach Sächſ. Landrechte ſeine Dispoſitionen über die Mobilien der Frau [236]). Inſofern er der Frau an ſeinen eigenen unbeweglichen Gütern Rechte auf den Fall ihres Ueberlebens, z. B. ein Leibgeding, beſtellt hat, kann er auch dieſe ohne ihre Zuſtimmung nicht durch ſeine Verfügungen brechen [237]). — Jene Beſchränkungen müſſen auch da gelten, wo die Ehe jedem Ehegatten an dem Gute des anderen einen ideellen Antheil gibt [238]). — Wo aber wirkliche innere Gütergemeinſchaft gilt, da laſſen ſich dergleichen Beſchränkungen überall nur in Anſehung der eigenen Rechte des Mannes denken, die dann ihren Grund in der Genoſſenſchaft der Frau haben. Wegen ſchlechter Haushaltung des Mannes wird der Frau indeß auch geſtattet, die Uebertragung der Adminiſtration auf ſich [239]) oder Abſonderung ihres Antheiles zu verlangen [240]).

Zu 2. Die Frau iſt den Gläubigern, welchen ſie ſelber ſich giltig verbindlich gemacht hat, ſelbſtverſtändig immer verpflichtet, wenn auch der Mann durch eine von ihr geſchehene Geſchäftsführung für ihn oder durch eine versio in rem suam, ebenfalls wegen derſelben verhaftet ſein [241]), auch die Klage vermöge ſeiner ehelichen Vormundſchaft gegen ihn gerichtet werden kann [242]). Für die vom Manne contrahirten Schulden haftet aber die Frau bei getrenntem Güterverhältniſſe als ſolche [243]) überall nicht; ja ſie hat wegen ihrer Dotalanſprüche an den Mann und wenn ein dotalitium als Surrogat der dos vorkommt auch für dieſes, ſelbſt Vorzugsrechte vor den übrigen Gläubigern deſſelben [244]) und man vertheidigt ſelbſt eine Anwendung derſelben auf den Fall, wo der Mann das Gut der Frau zum ehemännlichen Nießbrauche inne hat; ſo daß man den Gläubigern deſſelben die Ausübung dieſes Nießbrauches zum Zwecke ihrer Befriedigung verſagt [245]). — Inſofern ein eigentliches Paraphernalgut im

236) Runde, Güterrecht §. 7, S. 16, 18. — Vgl. oben Note 90—92.

237) Runde, Güterrecht §. 7, Note d, S. 17. — Dispoſitionen über bewegliche Güter, woran ſie Rechte hat, ſind aber giltig, und ſie kann z. B. dergleichen von ihm verpfändete Güter nur durch Einlöſung ſich verſchaffen nach ſächſ. Landr. I. 24. a. E.

238) Vgl. oben Note 34.

239) Lipp. Verordn. v. 1786 §. 10.

240) Mühlhauſer Willkühr v. 1692 B. 3, Art. 7, §. 1, bei Kraut a. a. O. S. 335. — Vgl. auch Eichhorn, Einleit. §. 310, III.

241) Vgl. Thibaut a. a. O. §. 368.

242) S. oben nach Note 94.

243) Daß ſie, ſofern ſie den Mann in der That beerbt, wie z. B. wenn ſie die ſogen. ſtatutariſche Portion als Erbin empfängt (oben Note 77), auch als Erbin für die Schulden haftet, darf hier nicht hereingezogen werden. — Darin ſteht ihr denn auch der Mann gleich. — Daſſelbe gilt auch von dem Falle einer versio in rem.

244) S. den Art. Brautgabe. Eichhorn, Einl. §. 305. So auch in Holſtein wegen der Haubenbandsgerechtigkeit.

245) Runde, Güterr. §. 49, S. 116—118 und daſ. Note c u. d Cit. — Die Execution in die Nutzungen, nachdem zuvor die Alimente der Frau und Kinder ſicher geſtellt, geſtattet jedoch die kurſächſ. Prozeßordn. ad tit. 39, §. 21.

engeren Sinne vorkommen ſollte, d. h. ein ſolches Sondergut der Frau, an dem dem Manne nicht vermöge der ehelichen Vormundſchaft, ſondern vermöge freiwilliger Geſtattung der Frau eine Adminiſtration zuſteht, hat ſie auch deshalb ein ſtillſchweigendes Pfandrecht an ſeinem Vermögen, wenn es in einer vom Manne eingezogenen Capitalforderung beſteht[246]. — Dieß hat die Praxis nicht allein auf alle Paraphernen ausgedehnt[247], ſondern man hat es auch auf den Fall angewendet, wenn der Mann das Gut der Frau vermöge ſeines ſogenannten ususfructus maritalis inne hat[248]. — Auch die Errungenſchaftsgemeinſchaft führt noch keine eigentliche Haftung der Frau für die Schulden, die der Mann contrahirte, mit ſich, wenn gleich die zum Zwecke der Ehe contrahirten Schulden den, immer activen, Betrag der Errungenſchaft verringern[249]. Um ſich bei ſonſtiger particulärer oder bei der allgemeinen Gütergemeinſchaft von der Haftung für die gemeinſamen Schulden zu befreien, bedarf es einer beſonderen Entſagung von Seiten der Frau, entweder mit gewiſſen Förmlichkeiten, wie z. B. durch das Bergen und Dachdingsauftragen des lübiſchen Rechtes[250], oder dadurch, daß ſie bei der Rückkehr vom Grabe des Mannes die Wohnung nicht wieder betritt[251]; oder auf irgend eine nicht förmliche Weiſe, wo nicht ſolche beſondere Formen vorgeſchrieben ſind.

Zu 3. Unter der Verlaſſenſchaft des Vorverſtorbenen werden hier nicht blos die von ihm hinterlaſſenen eigenen Güter deſſelben verſtanden, ſondern auch die Güter der überlebenden Frau, welche der Mann vermöge der Dotalverhältniſſe oder der ehelichen Vormundſchaft in ſeinen Händen hatte. Welche Rechte des Ueberlebenden an den eigenen verlaſſenen Gütern des Vorverſtorbenen im Falle des getrennten Güterverhältniſſes ſtattfinden, ergibt ſich aus dem Obigen[252], und von den Dotalrechten iſt ſchon an einem anderen Orte gehandelt worden[253]. Zuweilen ſteht indeß der Wittwe die Wahl zu, ob ſie die Widerlage annehmen oder ihr Eingebrachtes zurückfordern will[254]; und ſächſiſche adelige Wittwen können ihr Recht auf die Widerlage von zweifachen Zinſen der dos ſelbſt gegen die Lehnsnachfolger geltend machen[255]. — Inſofern der Ueberlebende an den Gütern des Vorverſtorbenen einen Nießbrauch hat, pflegt er von Cautionsbeſtellung befreit zu ſein[256]. — In Anſehung der

---

246) L. 11. C. de pact. conv. (5. 14.)

247) Glück, Erläut. XIX. S. 124.

248) Glück a. a. O. S. 483. Runde, Güterr. §. 47, S. 112 flg.

249) S. oben nach Note 171. A. M. Runde, Güterr. §. 84, S. 193, der die Errungenſchaft auch für voreheliche Schulden des Mannes haften läßt.

250) Vgl. Haſſe, Skizze S. 109 flg.; auch Berck, Brem. Güterrecht §. 1, 18, 26, über das Legen der Schlüſſel auf das Grab des Mannes.

251) Kl. Kaiſerrecht II. 50. — Dieſe Entſagung kommt auch als cessio bonorum vor: Lipp. Verordn. v. 1786 §. 15.

252) S. oben Note 39 flg.

253) S. den Art. Brautgabe.

254) Const. elect. Saxon. 44. P. II. (1572.) Cod. Aug. I. p. 100. Conſt. für die Ritterſch. der Neumark v. 1742. P. II. §. 23.

255) Const. elect. Sax. cit. Haubold, ſächſ. Privatr. §. 398—403.

256) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 395, Note 9, §. 396, Note 6.

Dotalrechte ſpricht man der überlebenden Frau bis zu ihrer Befriedigung ein Retentionsrecht an der Verlaſſenſchaft des Mannes zu[257]). Bei im Inneren getrenntem Güterverhältniſſe mit ehelicher Vormundſchaft nimmt die Frau ihr durch den Tod des Mannes von dieſer Vormundſchaft frei gewordenes eigenes Gut, ſo weit es in specie noch vorhanden iſt, aus der Verlaſſenſchaft heraus[258]); inwiefern ſie aber wegen Entfremdung oder Beſchädigung deſſelben von Seiten des Mannes an deſſen Nachlaß Anſprüche machen kann, hängt von particulären Beſtimmungen ab[259]). Als Regel wird man die Zuſtändigkeit ſolcher Anſprüche nicht betrachten können, und namentlich das ſächſiſche Landrecht kennt wegen der vom Manne veräußerten Mobilien der Frau ſie nicht[260]). Eine gewiſſe Friſt zur Räumung der Geweren des Mannes und ſeiner darin befindlichen Verlaſſenſchaft geſtatten teutſche Rechte der überlebenden Frau[261]). Sind alle Rechte der Ehegatten unter ihnen ideell getheilt, ſo bildet nur der ideelle Antheil des Verſtorbenen deſſen Nachlaß im engeren Sinne; und es kommt denn auch vor, daß an dieſem der Längſtlebende noch wiederum eine ſtatutariſche Portion oder einen Nießbrauch hat[262]). — Bei innerer Gütergemeinſchaft iſt, ſo weit dieſe reicht, im Falle die Frau vor dem Manne verſtirbt, eigentlich gar keine Verlaſſenſchaft vorhanden. Wenn alles gemeine Gut beim Manne verbleibt[263]), ſo iſt dieß von ſelber klar; er hat blos die Genoſſin verloren. Aber auch wenn den Erben der Frau Antheile an dem gemeinen Gute zuſtehen[264]), leidet dieß nur die Abänderung, daß durch den Hinwegfall der Genoſſenſchaft der Frau ihnen Anſprüche an das gemeine Gut nach gewiſſen Quoten erwachſen ſind, welche, wenn die Frau die überlebende geweſen wäre, ihr auf den Grund jener Genoſſenſchaft zugefallen ſein würden. Stirbt dahingegen der Mann vor der Frau, ſo iſt dann, wenn ſämmtliches gemeines Gut bei der Frau bleibt, eben ſo wenig eine eigentliche Verlaſſenſchaft vorhanden. Theilt ſie aber mit den Erben des Mannes, ſo ſcheint es zwar, als ob man das Verhältniß ſo auffaſſen muß, daß das geſammte Gut auf dieſe vererbt worden, der überlebenden Frau dahingegen durch ihre frühere Genoſſenſchaft ein Anſpruch auf einen Antheil deſſelben erwachſen iſt. Allein für den entgegengeſetzten Geſichtspunkt läßt ſich doch ſagen, daß das Hinwegfallen der ſie auf das Verhältniß einer Genoſſin

---

257) Thibaut, Syſt. des Pandektenr. §. 351, Note z.

258) Vgl. ſächſ. Landr. III. 74. 76.

259) Vgl. oben Note 233, 234.

260) Vgl. Haſſe, Skizze S. 70. Cropp, eheliches Güterrecht §. 9, Note 31. Hamb. Stat. v. 1270, St. 3, Nr. 10, bei Anderſon, Hamb. Privatrecht I. S. 45.

261) Sächſ. Landr. I. 22.

262) Z. B. Nürnb. Reform. Tit. 33, a. 5. Landrecht von Lingen Art. 6.

263) So z. B. lipp. Verordn. v. 1786 §. 15. Andere Beiſpiele bei Kraut a. a. O. S. 337, Zif. 5—8. Vgl. auch Eichhorn, Einleit. §. 309, I. und daſ. angef. Zeugniſſe. — Mittermaier a. a. O. (§. 338).

264) Z. B. Lüb. R. II. Tit. 2, a. 12. Conſt. Joachim I. für die Mark Brandenb. bei Lange, Gemeinſchaft der Güter S. 25. Stadtr. von Rüden Art. 41. Hamb. Stadtr. III. Tit. 3, a. 8.

einſchränkenden Rechte des Mannes ſie auch hier zum ſelbſtſtändigen Subjecte des geſammten Gutes gemacht habe, dieſes alſo eigentlich keine Verlaſſenſchaft, aber das frühere Recht des Mannes der Grund eines Anſpruches der Erben auf einen gewiſſen Antheil ſei. Es dürfte ſich aber für dieſen Fall weder die eine noch die andere Anſicht als die practiſch vorherrſchende nachweiſen laſſen, ſondern vielmehr die Lage der Frau wie die der Erben, wenn gleich aus verſchiedenen Gründen herbeigeführt, doch als eine gleiche behandelt werden[265]. Ueberdieß aber führte auch die Anſicht vom condominium in solidum dahin, ſich dieſes in der Perſon des Ueberlebenden, er ſei Mann oder Frau, als conſolidirt zu denken; und dieſer Anſicht ſteht die ſächſiſche Regel parallel, daß die Frau einen Mitbeſitz an den Gütern des Ehemannes, eine gleiche Gewere hat[266]. Wenn man aber auch hier den Ueberlebenden als einen Succeſſor des Verſtorbenen betrachtet und ſein Recht an der Verlaſſenſchaft unter die ſtatutariſche Portion ſtellt[267]), ſo ſcheint dieſer Geſichtspunkt doch jedenfalls nur auf die überlebende Frau anwendbar zu ſein. — Zuweilen bekommt der Ueberlebende gewiſſe beſtimmte Stücke aus der Maſſe zum Voraus, z. B. Waffen, Betten, Kleider[268]).

Zu 4. Die Rechte des Ueberlebenden werden durch das Daſein von Kindern bald beſchränkt, bald erweitert. — Hierher gehört der bereits gedachte Anfall der Proprietät der durch den Ehevertrag gewonnenen Dotalgüter an die Kinder[268a]). Die Regel: Kinderzeugen bricht Eheſtiftung, kann die ihm im Ehevertrage eingeräumten Rechte ganz hinfällig machen. — Die Regel: längſt Leib längſt Gut, wird in dieſem Falle zuweilen in dem Sinne verſtanden, daß ſie dem Ueberlebenden nur lebenslänglichen Nießbrauch ertheilt, wo er ſonſt vermöge derſelben Eigenthum erwirbt[268b]). Die ſtatutariſche Portion wird zuweilen durch die Concurrenz von Kindern verringert[269]) und ebenfalls der Antheil an dem in der Ehe gemeinſam geweſenen Gute[270]); nicht weniger führt das Verfangenſchaftsrecht zu Beſchränkungen. — Auf der anderen Seite aber befreit das Daſein von Kindern aus der getrennten Ehe den Ueberlebenden oft von der ſofortigen Abtheilung mit den Erben des Vorverſtorbenen, und verſchafft ihm an dem von dieſem auf die Kinder gefallenen Gute den väterlichen Nießbrauch oder einen vormundſchaftlichen Beiſitz[271]). Dieſer letztere findet ſich nämlich bei der überlebenden Mutter, und unterſcheidet ſich von einer blos vormundſchaftlichen Verwaltung dadurch, daß bei der Gemeinſchaftlichkeit von Gewinn und Verluſt die Rechnungsablage

265) Denn Statute nennen den Ueberlebenden ohne Unterſchied den Erben des Vorverſtorbenen: Runde, Güterrecht §. 11, S. 27.
266) Haubold, ſächſ. Privatr. §. 77.
267) Runde a. a. O. §. 104, S. 235.
268) Z. B. Lüb. R. II. Tit. 2, Art. 2.
268a) Vgl. oben Note 78, 79.
268b) Runde, Güterr. §. 18, S. 42.
269) Vgl. oben Note 61, 62.
270) Z. B. brandenb.-culmb. Landesconſtit. Tit. VII, §. 6, 7, 9.
271) Vgl. oben Note 203 flg.

hinwegfällt, ja zuweilen ſelbſt die Errichtung eines Inventars und die Beeidigung als Vormünderin der Mutter erlaſſen iſt[272]).

Innere Gütergemeinſchaft, welcher Art ſie auch ſei, findet ſich übrigens beim Adel regelmäßig nicht[273]). Einestheils das Verhältniß der Stamm- und Lehengüter, welche den weſentlichſten Theil ſeines Vermögens bilden, und die man da, wo Gütergemeinſchaft des Adels gilt, doch davon ausgenommen findet[274]); anderentheils die nicht dem Erwerbe gewidmete Lebensart dieſes Standes, waren Hinderniſſe der Entſtehung beziehungsweiſe einer inneren Gütergemeinſchaft ſelber oder einer Veranlaſſung zu derſelben. Als daher die Bedeutung der ehelichen Vormundſchaft ſich ſchwächte, und namentlich Frauen adligen Geſchlechtes dadurch zu einer größeren Selbſtſtändigkeit gelangten, war hier vorzugsweiſe dem römiſchen Dotalſyſteme ein Gebiet für ſeine Herrſchaft eröffnet[275]). Zuweilen, wie z. B. in Sachſen, erhielten ſich aber auch die teutſchen Inſtitute des getrennten Güterverhältniſſes[276]), und Eheverträge waren hier eine häufigere Erſcheinung, als bei anderen Ständen[277]). Namentlich werden auch Rechte, welche der überlebenden adligen Wittwe an den Gütern des Mannes in einem Lande ſchon vermöge Geſetz oder Herkommen zuſtehen, in anderen vertragsmäßig bei den Ehen des Adels feſtgeſetzt, wie z. B. das Leibgedinge in der Mark Brandenburg, in Schleſien und Pommern[278]). Zuweilen werden auch der Ehefrau für die Zeit der Ehe gewiſſe ihr vom Ehemanne zu verabreichende Summen zu beliebigen Ausgaben bedungen, wie die Spiel- und Trüffelgelder[279]). — Es kommt hier ſelbſt ein Güterverhältniß vor, deſſen einzige Begründung der Vertrag iſt; nämlich bei der ungleichen Ehe, der Ehe zur linken Hand, oder dem matrimonium ad legem Salicam. Sie findet nur beim Adel ſtatt, beim niederen Adel, mit Ausnahme des ehemals reichsſtändiſchen, erfordert ſie überdieß landesherrliche Genehmigung[280]), und ſie ſetzt voraus, daß die Frau dem Manne nicht ebenbürtig iſt[281]). Abgeſehen von den beſchränkten Rechten der Kinder aus einer ſolchen Ehe zeichnet ſie ſich in Anſehung des Güterverhältniſſes der Ehegatten ſelber dadurch aus,

---

272) Lipp. Verordn. v. 1786 §. 17.

273) Vgl. z. B. ebendaſ. §. 1—3.

274) Brandenb.-culmb. Landesconſtit. v. 1745 Tit. 7, §. 3 u. 4. — Vgl. Eichhorn, Einl. §. 307 a. E.

275) Vgl. Runde, Güterrecht §. 22, S. 50 flg., §. 34, S. 77 flg.

276) S. oben Note 39 flg.

277) Vgl. z. B. die lipp. Verordn. v. 1786 §. 2.

278) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 394, Note 12, 13.

279) S. ebendaſ. §. 397.

280) Z. B. preuß. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 836 flg. Brandenb. Landesverordn. v. 30. Nov. 1697. Vgl. Runde, Grundſ. §. 573. Mittermaier a. a. O. (§. 364) §. 414.

281) Eichhorn, Einl. §. 294. Vgl. II. F. 26. §. 15. und II. F. 29. — Unter ebenbürtigen Ehegatten würden freilich ebenfalls Beſchränkungen in Anſehung der Vermögensverhältniſſe durch Eheverträge feſtgeſetzt werden können; allein daß Frau und Kinder dem Stande des Mannes nicht folgten, was eigentlich dieſe Ehe charakteriſirt, dürfte doch hier eben ſo wenig als beim Bürgerſtande anwendbar ſein.

daß die Frau nur diejenigen Vermögensrechte in Beziehung auf die Güter des Mannes hat, welche ihr durch den Ehevertrag zugeſichert ſind[282]). — Bei dem ſächſiſchen Adel iſt auch das Eingeſchneitel üblich, welches in Naturallieferungen, oder deren Surrogat in Geld, beſteht, welche jährlich aus den Gütern des vorverſtorbenen Mannes der Wittwe geleiſtet werden. Es ſetzt indeß immer vertragsmäßiges Ausbedingen oder teſtamentariſche Dispoſition voraus, und kann auf ſolche Weiſe dann auch allerdings überall und für Wittwen jeden Standes begründet werden[283]). — Nicht blos gegen das durch einen Ehevertrag, ſondern auch gegen das durch die Eingehung der Ehe re oder facto begründete Güterverhältniß, ſcheint Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, und zwar bei der letzteren Begründungsart wenigſtens in dem Falle, wenn der Ehegatte, welcher Gütergemeinſchaft einging, über den überſchuldeten Vermögenszuſtand des anderen getäuſcht worden oder in einem entſchuldbaren Irrthume geweſen iſt[284]), nicht verworfen werden zu können. Indeß ſteht derſelben bei der geſetzlich begründeten Gütergemeinſchaft doch entgegen, daß, da die Eingehung der Ehe ſelber nicht reſcindirt werden kann, die Reſtitution nur ſo effectuirt werden könnte, daß man durch ſie eine Abänderung des ehelichen Güterverhältniſſes eintreten ließe; und eine ſolche Wirkung ohne einen von den Ehegatten geſchloſſenen Vertrag unmöglich iſt[285]).

Brackenhoeft.

Güte⸗, oder **Sühne⸗** oder **Vergleichsverſuch** (tentamen amicabilis compositionis), die Bemühung des Richters, einen Rechtsſtreit durch Vergleich, ſtatt rechtlicher Entſcheidung, zu beſeitigen. Obgleich die Verbindlichkeit dazu aus der eigentlichen Richterpflicht, ſtreitige Vorfälle nach den beſtehenden Geſetzen zu entſcheiden, nicht abgeleitet werden mag und daher die Gütepflegung nicht zu den weſentlichen Theilen des Prozeſſes gehört, ja ſogar inſofern dem Zwecke des Rechtsſtreites widerſpricht, als dadurch die rechtliche Entſcheidung des Streites umgangen werden ſoll, mithin durch die Vorladung der Parteien zu einem Güteverſuche der Staatsbürger zu einer durch den Zweck des Rechtsſtreites nicht gebotenen Handlung genöthigt wird[1]); ſo finden wir doch Einrichtungen zu Erlangung dieſes Zweckes ſchon unter den altgermaniſchen Volksſtämmen. Eigene Schiedsrichter — Minnerer — mußten vor Fällung einer Sentenz die Parteien in Güte — nach Minne

---

282) Eichhorn a. a. O. vgl. mit §. 290. Mittermaier a. a. O.

283) Runde a. a. O. §. 600. Haubold a. a. O. §. 406.

284) Vgl. Eichhorn, Einl. §. 308, Note g. Mittermaier a. a. O. §. 402, Note 14. Nach pr. Landr. §. 420, 421, kann wegen Uebermaßes vorehelicher Schulden in den zwei erſten Jahren Aufhebung der Gütergem. verlangt werden: Deiters a. a. O. S. 362.

285) Vgl. Runde, Güterr. §. 99, S. 222, 223.

1) Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 124. Danz, Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 149. Mittermaier, der gemeine teutſche bürgerliche Prozeß in Vergleichung u. ſ. w. Beitrag 1, §. XII, S. 165.

— zu vereinigen ſuchen; es wurden Friſten dazu geſetzt, und ein Sühnebrief enthielt die Bedingungen des Vergleiches, wenn dieſer zu Stande kam [2]). Die Uebereinſtimmung der poſitiven Geſetze [3]) des gemeinen Rechtes damit [4]) iſt um ſo merkwürdiger, als, was das canoniſche Recht anlangt, hier eine Einwirkung dieſes auf die germaniſchen Rechtsinſtitute und umgekehrt nicht möglich war. Der Staat — es bedarf dieß keines Beweiſes — kann in der Hauptſache nur formelles oder äußeres Recht [5]) geben; der Staatsbürger aber, der ſich in ſeinem materiellen, inneren, eigentlichen Rechte gekränkt fühlt, verlangt materielles Recht, werde es ihm von ſeinem Gegner freiwillig oder durch den Staat gegeben. Nun beabſichtigt der Staat zwar durch ſein formelles Recht allerdings einen materiellen Rechtszuſtand herzuſtellen, allein wenn dieß auch das höchſte Ziel ſeines Strebens iſt und ſein muß, ſo iſt doch die Erreichung deſſelben im allgemeinen und daher in vielen Fällen ganz unmöglich; der Staat kann ſich jenem Ziele nur nähern. Die Folge dieſes Verhältniſſes iſt, daß das Verlangen des Staatsbürgers nach Recht in der Regel etwas Anderes iſt, als das, was der Staat dafür gewähren kann, formelles Recht ſtatt des materiellen. Kann daher der Richter auf einem andern Wege, als dem der formellrechtlichen Entſcheidung dem beeinträchtigten Staatsbürger mehr materielles Recht verſchaffen, ſo muß dieſer es ihm Dank wiſſen. Es iſt ſonach eine irrige Anſicht, wenn man meint, daß die Güteverſuche blos ein Surrogat für eine ſchlechte Juſtiz und eine Folge des Mißtrauens auf die Gerechtigkeit der Entſcheidungen ſei [6]). Sie iſt vielmehr Folge der Einſicht, daß der Staatsbürger mehr fordern kann, oft fordern muß, in der Regel fordert, als der Staat beim beſten Willen gewähren kann. Arbeiten die Richter alſo dahin, daß von dieſem richtigen Geſichtspunkte aus die Sache angeſehen werde, ſo iſt keinesweges zu fürchten, daß durch Stiftung vieler Vergleiche das Rechtsgefühl im Volke untergehe [7]). Allein wenn man ſo weit geht zu verlangen, daß der Staatsbürger nicht jeden Prozeß fürchten ſoll [8]), ſo verlangt man, daß der Kranke darum ſich nicht vor einer Krankheit fürchten ſoll, weil es Mittel dagegen gibt. Und wenn man auch, wiewohl nur abgeſehen vom chriſtlichen Princip und im reinen Widerſpruche mit demſelben, „Friedfertigkeit und Nachgiebigkeit" als ſolche Eigenſchaften anſieht, die nicht „unter allen Bedingungen dem

---

2) Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, §. 4, S. 220. Mittermaier a. a. O. S. 163.

3) C. 11. X. de transactionibus. (1. 36.) c. 1. X. de mutuis petitionibus. (2. 4.) verbis: monitione praemissa; jüngſter Reichsabſchied (v. 1654) §. 110, in Schmauss, corpus iuris publici p. 993.

4) Grolman a. a. O. Note a. Danz a. a. O. Note a. Civiliſtiſches Archiv a. a. O. S. 216 u. 222.

5) Civiliſtiſches Archiv a. a. O. §. 3, S. 218.

6) Ebendaſ. §. 7, S. 224. Puchta a. a. O. S. 327.

7) Puchta, Beiträge zur Geſetzgebung und Praxis Bd. 1, Nr. XI, S. 330.

8) Ebendaſ. S. 329.

Volkscharakter nützlich eingeprägt werden ſollten"[9]); ſo kann doch gewiß nicht dem hochverdienten Möſer[10]), der übrigens ſich zuweilen in Paradoxien gefiel, beigeſtimmt werden, wenn er die Prozeßſucht als „eine edle Leidenſchaft des Menſchen" ſchildert, „daß er für dasjenige, was ihm ſeiner Meinung nach zukommt, Gut und Blut auffſetzet." Die bedeutenden Beſchwerden und Koſten, welche mit jedem Prozeſſe verbunden ſind[11]), das unausſprechliche Unheil, welches durch die, gewöhnlich erſt aus dem Betreiben prozeſſualiſcher Händel entſtehende[12]) Prozeßſucht, auch bei der möglichſt beſten Juſtizpflege, über ganze Familien gebracht wird, ſowohl als das eben deshalb bis jetzt von Seiten aller Staaten kund gegebene Streben nach möglichſter Verminderung der Prozeſſe, zeigen, daß nicht aus praktiſcher Beobachtung der Erfahrung die Meinung hervorgeht, als ob Vergleichsbeförderungen „auf einer unrichtigen Vorſtellung von dem Prozeſſe und von der Würde des Rechtes beruhten, da man jeden Prozeß als ein Uebel betrachtet, das man verbannen müſſe, und vergißt, daß da, wo ein feigherziges, ſchwaches, der Bequemlichkeit zuſagendes Nachgeben nach dem geprieſenen Vergleichſtiften an der Tagesordnung wäre, nur das größte Unrecht ſeinen Deckmantel fände"[13]). Die Popularität, welcher in der Regel diejenigen Gerichte genießen, die ſich verſtändiger Vergleichsſtiftungen befleißigen[14]), ja das ſeit den älteſten Zeiten in Teutſchland herrſchende Sprichwort: Ein magerer Vergleich iſt beſſer als ein fetter Prozeß[15]), zeugen, nächſt der Geſchichte (ſ. S. 949), für die Volksthümlichkeit dieſes Inſtitutes. Daß nun zur Abwendung der oben erwähnten Prozeßfolgen Sühneverſuche ein herrliches Mittel ſind, zumal in den Fällen, wo die Form, z. B. Mangel an Beweismitteln, dem materiellen Rechte im Wege ſteht, daß, ſtellen wir uns auf den chriſtlichen Geſichtspunkt, mildere Sitten, Nachgiebigkeit, Mitleid, Verſöhnlichkeit dadurch befördert werden; daran kann wohl Niemand zweifeln[16]). Allein nie kann behauptet werden, daß durchgängig Beendigung der Rechtsſtreite durch Vergleich einer rechtlichen Entſcheidung vorzuziehen ſei[17]), wenn man auch gleich der entgegengeſetzten Behauptung: „je mehr entſchiedene Prozeſſe, deſto beſſer die Juſtiz, je weniger entſchiedene und je mehr verglichene, deſto ſchlechter"[18]), auf dem praktiſchen Standpunkte eben ſo

---

9) Ebendaſ.
10) Patriotiſche Phantaſien IV. Nr. 30.
11) Danz a. a. O. §. 149.
12) Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, §. 3, S. 217.
13) Mittermaier a. a. O. S. 164. Civiliſtiſches Archiv Bd. 19, Hft. 2, S. 232, Bd. 20, Hft. 2, S. 340.
14) Civ. Arch. Bd. 19, Hft. 2, S. 222.
15) Hertius, de paroemiis iuris (in commentat. et opusc. Tom. III. p. 412.) paroem. XI.
16) Civiliſtiſches Archiv Bd. 19, Hft. 2, S. 215, 218, 232, Bd. 20, Hft. 2, S. 310.
17) Civil. Arch. Bd. 19, Hft. 2, B. 215.
18) Ebendaſ. §. 9, S. 234. Puchta a. a. O. S. 334.

wenig beipflichten kann. Denn was das Letztere anlangt, ſo zeigt die tägliche Erfahrung einerſeits, daß in den ärmſten und am wenigſten gebildeten Theilen gewiſſer Lande, bei gleicher Juſtizpflege mit den wohlhabenderen und gebildeteren, gerade die mehrſten Prozeſſe ſind, während andererſeits, nach franzöſiſchen Nachrichten, gerade in den Departements die mehrſten Prozeſſe und wenige Vergleiche ſtatt finden, in denen die mehrſte Bildung herrſcht und die Gerichte am beſten beſetzt ſind [19]. Alſo müſſen es andere Elemente ſein, aus denen Prozeßſucht oder Nachgiebigkeit und friedliche Geſinnungen hervorgehen. Daß aber die Beilegung der Prozeſſe durch Vergleich, wenn ſie übertrieben gehandhabt wird, auch ihre großen Schattenſeiten hat, daran kann nicht gezweifelt werden. Namentlich wenn von Seiten des Richters in ſchwache, beiſtandloſe Perſonen für Eingehung eines Vergleiches, blos um dieſen zu Stande zu bringen, mit Ueberredungsgründen eingedrungen wird, ohne zu überlegen, ob auch die Sache dazu geeignet ſei. So z. B. bei Ableiſtung eines Eides, wo der Richter blos den Zweck der Vermeidung des Eides vor Augen hat, ohne zu fragen, ob der Schwörende ihn nicht mit gutem Gewiſſen leiſten kann und durch Nichtableiſtung um ſein gutes Recht kommt — eine ſehr unchriſtliche Pietät, wenn der im vollen Beſitze des Rechtes Befindliche nur darum nicht ſchwören ſoll, damit kein Eid geſchworen werde, während der darauf rechnende Chicaneur darum die Sache bis zur Eidesleiſtung hat kommen laſſen, um ſo im Trüben zu fiſchen [20]. Eben ſo iſt dieß häufig in Eheſühneverſuchen der Fall, wo oft gerade der nachgiebige redliche Theil [21] den Ueberredungskünſten der Richter, beſonders der geiſtlichen Mitglieder des Ehegerichtes, pro matrimonio, zum Ruine ſeines ganzen Lebensglückes nachgiebt; überhaupt beinahe überall, wo nicht von einem ungewiſſen Rechte die Rede iſt. Daß in ſolchen Fällen das Drängen des Richters zu einem Vergleiche Mißtrauen gegen die Gerichte erzeugen muß, dieß liegt am Tage. Es iſt ſonach das Vergleichſtiften bei weitem nicht der höchſte Ruhm des Richteramtes, die leichte Gewährung materiellen, ja in mancher Beziehung nur formellen Rechtes ſteht weit höher, und diejenigen irren, welche dieſen Nebenzweck der Rechtspflege höher als das Rechtſprechen ſtellen [22]. Kaum dürfte daher die hier und da [23] beſtehende Einrichtung zu billigen ſein, nach welcher zu gewiſſen Zeiten den Oberbehörden anzuzeigen iſt, welche Richter und Advocaten ſich vorzüglich

---

19) Civ. Archiv Bd. 11, Hft. 1, S. 154.

20) Puchta a. a. O. S. 330 u. 331.

21) Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, S. 235 a. E.

22) Puchta a. a. O. S. 327. Mittermaier a. a. O. §. 1, S. 6. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, §. 9, S. 231, 232, Bd. 11, Hft. 1, Nr. VIII, S. 155.

23) Z. B. im Großherzogthume Sachſen-Weimar durch Reſcript vom 24. Sept. und 16. Oct. 1778. Kori, Theorie des ſächſiſchen bürgerlichen Prozeſſes §. 74, Note 4. Vgl. civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, §. 9, S. 233.

durch Vergleichſtiftungen ausgezeichnet haben. Sehr weiſe beſtimmt ſchon das oben Note 3) angezogene Reichsgeſetz[24]):

ſoll der Richter Erſter Inſtantz, die Partheyen in zweiffelhafften Sachen nicht allein vor angefangenen Recht=Stand, und litis contestation, ſondern auch, in quacunque parte Judicii, durch alle dienliche Mittel und Weg, auch ſchiedliche Erinnerungen in Güte von einander zu ſetzen, und hierdurch alle weitläufftige koſtſpaltige Rechtsfertigung zu verhüten, ſich befleiſſen, iedoch ehe dann er die Güte den Partheyen vorſchlägt, vorhero in den Sachen ſich wol informiren, und ſein Abſehen bey dieſem gütlichen Vergleichen dahin iederzeit ſorgfältiglich ſtellen, damit die eine öffentlich ungerechte Sach führende Parthey zu demſelbigen nicht gelaſſen, noch der rechthabende Theil damit beſchwert, noch auch die Juſtitz wider des andern Theils Willen verzogen werde.

Dieſe höchſt zweckmäßig abgefaßte Geſetzſtelle enthält in nuce alle Bedingungen der Sühneverſuche.

Sie ſetzt voraus

1) daß der Gegenſtand des Vergleiches „zweifelhafte Sachen" ſein, und daß „die eine öffentlich ungerechte Sache führende Partei zu demſelbigen nicht gelaſſen u. ſ. w. werde."

Der Entſchluß ſich zu vergleichen muß nicht Folge der Ueberredungskunſt, des Mitleidens, auch in vielen Fällen nicht der Prozeßſcheu, ſondern freier ruhiger Ueberlegung ſein, und zwar entweder aus Klugheit, weil der ſich Vergleichende einſieht, durch den Vergleich gewinnt er am meiſten, oder verliert er am wenigſten, oder aus Verſöhnlichkeit und Nachgiebigkeit[25]). Sachen daher, wo das Recht ganz klar auf einer Seite iſt, und wo auch der Realiſirung deſſelben nach erfolgter Rechtſprechung kein Hinderniß entgegenſteht, können mit Recht nicht in Vergleichstractaten gezogen werden[26]), wenn nicht moraliſche Vergleichsgründe mit dazu wirken. Deßhalb ſind die zum Vergleich am beſten geeigneten Angelegenheiten diejenigen, welche nur Folge augenblicklicher Aufwallung, welche für den Frieden ganzer Familien, Gemeinden u. ſ. w. verderblich, welche ſo unbeſtimmt und ungewiß ſind, daß ſich über ihren Ausgang nichts einigermaßen Beſtimmtes vorausſagen läßt; ſonach aus perſönlichen Verhältniſſen diejenigen, bei welchen die Streitenden in häuslichen, Familien= oder Gemeindeverbindungen, im Verhältniſſe der Obrigkeit, oder des Gutsherrn zum Unterthan, des Pfarrers zum Parochianen, der Mitbewohner eines Hauſes zu einander ſtehen, z. B. Eheſtreitigkeiten, wobei jedoch Vergleiche, welche die Auflöſung der Ehe bezwecken, nach canoniſchem Rechte gar nicht[27]), nach proteſtantiſchem Eherechte nur mit Genehmigung des Ehegerichtes[28]) er=

24) Vgl. Grolman a. a. O. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, §. 5, S. 224, Bd. 20, Hft. 2, Nr. X, S. 311. Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 13, Hft. 1, Nr. I, S. 2.

25) Civil. Archiv Bd. 20, Hft. 3, Nr. X, §. 22, S. 437.

26) Grolman a. a. O. Mittermaier a. a. O. S. 176.

27) Cap. 11. X. de transactionibus. (1. 36.)

28) Glück, Pandektencommentar Th. 5, §. 352, S. 49.

laubt ſind; aus in der Sache ſelbſt liegenden Gründen gehören hieher Injurienſachen, bei denen in der Regel das Vermittelungsamt am beſten angewendet iſt, ſehr verwickelte, einer großen, koſtſpieligen Unterſuchung bedürfende, ſchwierige Sachen, beſonders wenn ſie dabei geringfügig ſind, wozu unter andern Alimentations=, Armen=, Rechnungs=, Erbſonderungs=, Grenzverwirrungs=, Gemeinheitstheilungsſachen u. ſ. w. zu rechnen ſind. Zum Vergleiche vorzüglich geeignet ſind daher auch Concurs= und Prioritätsſtreitigkeiten, alle Sachen, worin Gefahr auf dem Verzuge ruht, einzelne Theile des Prozeſſes, als präparatoriſche und Incidentpunkte und die Formalien einzelner Prozeßacte. Inwiefern die Klugheit zur Eingehung eines Vergleiches rathet, gibt es ſehr wenige Prozeſſe, die nicht wenigſtens theilweiſe zu Vergleichen geeignet wären, da nicht nur eigentlich ſtreitiges, ſondern auch blos verweigertes Recht nach Regeln der Klugheit häufig die Eingehung eines Vergleiches räthlich erſcheinen läßt, z. B. bei momentanem Zahlungsunvermögen und deßhalb gewünſchter Nachſicht, oder ſonſtigen dem Schuldner und dadurch häufig auch dem Gläubiger vortheilhaften Verwilligungen; bei dem Streite über gewiſſe Rechte, deren Werth im Falle der Realiſirung noch ungewiß iſt. Man nennt darunter auch gewöhnlich die Sachen der Kirchen und anderen milden Stiftungen, denen ihrerſeits allerdings an Niederſchlagung aller Prozeſſe gelegen ſein, während es aber lediglich von der Pietät des Gegentheiles abhängig bleiben muß, ob auch er dafür geneigt iſt [29]).

Das gedachte Geſetz verlangt

2) Wirkſamkeit des Richters erſter Inſtanz für den Vergleich „nicht allein vor angefangenem Rechtsſtande und Litisconteſtation, ſondern auch in quacunque parte iudicii" und ſoll der Richter „ehe denn er die Güte den Parteien vorſchlägt, in den Sachen ſich wohl informiren."

Dieſe letzte, zur Erreichung des Zweckes höchſt nöthige Vorſchrift hat zu der Frage geführt, in welchem Stadium des Prozeſſes die Vergleichsverhandlungen am nützlichſten ſind? Die Praxis hat es eingeführt, und viele Particulargeſetze ſind ihr gefolgt, daß der erſte Termin in jedem Prozeſſe ein Gütetermin ſein ſoll [30]), und es iſt nicht zu verkennen, daß dieß darum einen Vorzug hat, weil zu dieſer Zeit noch von keiner Seite bedeutende Prozeßkoſten aufgewendet, und die Parteien noch nicht ſo hartnäckig gemacht worden ſind, als wenn der Streit ſchon einige Zeit gedauert hat [31]). Iſt dieß nun gleich allerdings gegründet, ſo ermangelt doch der Vergleich dann gewöhnlich des Erforderniſſes, daß er das Product der ruhigen Ueberlegung der Parteien, welche da noch in der erſten Aufregung handeln, ſein ſoll; es ermangelt der Richter

29) Ueber alles dieß vgl. Kori a. a. O. §. 74. Puchta a. a. O. S. 335 flg. Mittermaier a. a. O. S. 176. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, §. 2, S. 216, §. 7, S. 226 u. 228, §. 8, S. 230, §. 10, S. 236, §. 11, S. 237 flg.

30) Mittermaier a. a. O. S. 163.

31) Glück a. a. O. §. 347, S. 10. Danz a. a. O. §. 150. Grolman a. a. O. Civil Archiv Bd. 20, Hft. 2, Nr. X, S. 309.

der nöthigen Information in der Sache, über welche er bis dahin nur den Kläger gehört hat, ſo wie auch im Anfange des Prozeſſes die Parteien gerade am erbittertſten zu ſein pflegen; daher, wenn ein Vergleich zu dieſer Zeit abgeſchloſſen worden, man ſchwerlich darauf rechnen kann, daß ſeine Abſchließung aus den richtigen Motiven erfolgt iſt [32]). Die geeignetſte Zeit wird alſo die ſein, wo eines Theiles der Streit noch nicht zu weit gediehen, anderen Theiles Parteien und Richter über die gegenſeitigen Anſprüche, der Richter auch vielleicht über die beſonderen Perſönlichkeiten der Parteien durch einige Prozeßhandlungen, ſo informirt ſind, daß letzter die Rechtsgründe beider Parteien gegen einander und ihre Intention würdigen kann. In der Regel wird daher in zweiter Inſtanz ein Sühneverſuch ſchwerlich von vielem Erfolge ſein, außer wenn ſich vielleicht früher unbekannte Umſtände erſt neuerlich aus den Acten ergeben hätten [33]). Die Güteverſuche nach erfolgter Inſtruction der Sache, nach Einbringung der erſten Schrift des Beklagten ſcheinen obige Rückſichten zu vereinigen. Bewährt hat ſich dieſe Verfahrungsweiſe namentlich in Preußen [34]). Wo aber die gedachte erſte gemeinprozeßliche Einrichtung beſteht, da müſſen auch, wie das Reichsgeſetz beſtimmt, die Vergleichsunterhandlungen, ſo oft ſich im Laufe des Prozeſſes dazu Veranlaſſung und die Hoffnung auf Erfolg findet, wieder aufgenommen werden [35]). Vielleicht haben diejenigen Geſetzgebungen das Richtige gefunden, welche, wie die weimar'ſche, zwar den erſten Termin in jeder Sache zum Gütetermine beſtimmen, aber verlangen, daß in der Regel die Exceptions- und Einlaſſungsſchrift des Beklagten vor dieſem Termine eingereicht werde [36]).

Der oft erwähnte Reichsabſchied ſetzt ferner feſt,

3) daß der Richter „durch alle dienliche Mittel und Weg auch ſchiedliche Erinnerungen" den Vergleich unter den bereits erwähnten Umſtänden zu erwirken ſuchen ſoll.

Das zweckmäßige Benehmen des Richters im Gütetermin iſt eine Hauptbedingung des guten Erfolges der Sühneverſuche, da außerdem dieſelben häufig eine leere Formalität ſind [37]). Vor allen Dingen muß darauf, daß die Parteien, wenn ſie nicht durch Ehehaften gehindert ſind, in Perſon erſcheinen [38]), geſehen und die gewöhnlich für den Fall der Verſäumniß angedrohte Geldſtrafe wirklich nebſt den Koſten des Termi-

32) Puchta a. a. O. S. 332 u. 333. Mittermaier a. a. O. S. 174.

33) Puchta a. a. O. S. 339, 340, 343. Martin, Lehrbuch des teutſchen gemeinen bürgerlichen Prozeſſes §. 151 u. 308.

34) Civil. Archiv Bd. 11, Hft. 1, S. 154.

35) Grolman, Glück, Danz a. a. O. Mittermaier a. a. O. S. 175. Martin a. a. O. §. 308.

36) Weimar'ſche Conſtitution vom Jahre 1775 §. 1 u. 5. Kori a. a. O. §. 67. Danz a. a. O.

37) Civil. Archiv Bd. 11, Hft. 2, Nr. VIII, S. 148; Bd. 2, Hft. 2, Nr. X, S. 308.

38) Danz a. a. O. §. 151.

nes beigetrieben und erſtere disciplinariſch bis zum Erſcheinen erhöht werden. Davon kann nur die Anzeige eines außergerichtlich geſchloſſenen Vergleiches [39]) befreien, nicht die ſchriftliche Ablehnung aller Vergleichsvorſchläge im voraus [40]). Denn der Geladene kann nicht im voraus wiſſen, welche Motive zu einem Vergleiche der Richter auffindet, oder die Gegenpartei vorbringt, und die Erfahrung lehrt, daß, wenn Sachwalter ohne ihre Clienten erſcheinen, ſchon wegen des ermangelnden Vereinigungsmittels der Beſprechung mit dem Clienten in continenti, auch weil die Sachwalter in der Regel zu einſeitig Partei für ihre Sache nehmen und das, was ſie über Gang und Schickſal des Prozeſſes theilweiſe ohne Kenntniß der Vergleichsmotive vorausgeſagt haben, gern erfüllt ſehen möchten, in der Regel kein Vergleich zu Stande kommt. Das Vermittelungsamt muß ferner zweckmäßig geübt werden. Wenn es ſchon Regel der Klugheit iſt, daß nirgends ein Intereſſe des Richters, namentlich nicht das der Bequemlichkeit oder des pecuniären Vortheiles vorblicken darf, ſo bedarf überhaupt der Richter, um einen Vergleich zu erzielen, des Vertrauens der Parteien eben ſo in ſeine intereſſeloſe Unparteilichkeit, als in ſeine Humanität [41]). Der Richter muß vor allen Dingen die ganzen Streitverhältniſſe der Parteien klar herausſetzen [42]), ohne doch ſeine, ohnehin im Anfange des Prozeſſes in der Regel noch nicht ganz ſicheren Anſichten über den dereinſtigen Ausgang des Prozeſſes darzulegen. Denn der Richter ſoll nicht blos, wie bei einem gewöhnlichen Zanke, Ruhe ſtiften, ſondern er ſoll durch den Vergleich dahin wirken, daß jedem Theile möglichſt ſein materielles Recht werde. Er muß Beiden Gelegenheit geben, ſich in Gegenwart ihres Gegners auszuſprechen — ein oft ſehr wirkſames Mittel, wodurch der Sprechende ſich ſelbſt zum Vergleiche geneigt macht. — Erſt dann kann der Richter nach und nach mit Vorſchlägen vortreten, welche er möglichſt den Neigungen der Parteien anpaßt [43]). Blos momentane Vermittelung hilft in der Regel nichts [44]); aber nützlich iſt es, bei Streitigkeiten, die mehrere Punkte zum Gegenſtande haben, dieſe einzeln Behufs einer Vereinigung vorzunehmen und ſo ſucceſſiv den Vergleich über das Ganze zu ermitteln. Bei den am ſchwierigſten zu vergleichenden Prozeſſen, die ſchon lange gedauert haben, nützt es am mehreſten, die Gründe wo möglich zu ſchwächen, die für ein hartnäckiges Beharren beim Prozeſſe ſprechen. Bei ſolchen Prozeſſen, wo das Recht ſelbſt nicht ſtreitig iſt, aber Hinderniſſe der Realiſirung entgegentreten, z. B. momentanes Zahlungsunvermögen, muß man Gründe der Billigkeit und der Klugheit vorzüglich geltend machen. Der Richter muß überhaupt

---

39) Danz a. a. O. §. 152.

40) Kori a. a. O. §. 74.

41) Puchta a. a. O. S. 340. Mittermaier a. a. O. S. 176. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, §. 11, S. 239.

42) Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, S. 219 flg.

43) Z. B. vgl. Puchta a. a. O. S. 342, Note *) und S. 343.

44) Ebendaſ. S. 343.

keinen Umſtand übergehen, der zum Vergleiche führen kann. Der bemitleidenswerthe Zuſtand der einen Partei kann nur in ſeltenen Fällen Motiv zu einem Vergleiche werden, und der Richter muß ſich hüten, dieſes Motiv ſo zu gebrauchen, daß die andere Partei gleichſam Ehrehalber gezwungen iſt, ſich zum Vergleiche zu fügen, da dieß den Richterpflichten widerſprechen und in ähnlichen Fällen Scheu vor dem Gericht erzeugen würde. Bringen die Parteien ſelbſt — das Vorzüglichſte — Vorſchläge, worein ſich der Richter möglichſt hinein denken muß, und dieſe finden Eingang, ſo hält er die ſeinigen, mit welchen er im entgegengeſetzten Falle bereit ſein muß, zurück, um nicht jene zu hindern. Auf die Ungerechtigkeit, oder den ungünſtigen Ausgang der Sache der einen oder der anderen Partei darf er nur dieſe unter vier Augen, nachdem er deshalb die andere hat abtreten laſſen, aufmerkſam machen. Eben ſo kann er die Sachwalter abtreten laſſen, wenn dieſe offenbar gegen den Vergleich wirken[45]. Nie aber darf er zu einem Vergleiche durch Drohungen oder gar Gewalt zwingen; alles, was er in dieſer Hinſicht unternimmt, iſt ungiltig, da der Staat nur zwingen kann, in zweifelhaften Rechtsverhältniſſen ſich nicht ſelbſt zu helfen und dieſelben der Entſcheidung des Rechtes, nicht aber willkürlicher Beilegung anheim zu geben[46]. Die Ausnahmen, welche von einigen Rechtslehrern hier nachgelaſſen werden[47], gehören in das Capitel von den Entſcheidungen ex aequo et bono, nicht vom Vergleich[48]. Zu den unerlaubten Zwangsmitteln iſt daher auch jeden Falles die Verurtheilung deſſen in die Koſten des Prozeſſes zu rechnen, welcher nachmals durch Prozeß eben nicht mehr erlangt, als ihm vergleichsweiſe früher geboten wurde[49], dann die der Citation zum Vergleichstermine beigefügte, nirgends gemeinrechtlich genehmigte Commination, daß der im Termin Außenbleibende für zuſtimmend zum Vergleich angenommen werden ſolle[50] — eine nur bei Nachlaßverträgen im Concursproceſſe unter ſehr beſtimmten, hierher nicht gehörigen Vorausſetzungen giltige Androhung. Der von manchen Practikern befolgte Rath, die Punkte des im Termine zu Stande gekommenen Vergleiches in einen Beſcheid zu bringen und dann, ſtatt der Confirmation, zu publiciren[51], kann leicht zu einer Wiederanfechtung des giltig abgeſchloſſenen Vergleiches mittelſt eines Rechtsmittels gegen den Beſcheid führen und iſt in den mehreſten Fällen nicht nöthig,

45) Ueber alles dieß vgl. Grolman a. a. O. Danz a. a. O. §. 150. Puchta a. a. O. S. 341, 344 flg. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, §. 7, S. 228, §. 8, S. 230 flg., Hft. 3, Nr. X, §. 16, S. 421 flg. u. 439.

46) Danz a. a. O. Glück a. a. O. §. 347, S. 9 u. 10. Civil. Archiv Bd. 20, Hft. 2, Nr. X, S. 307.

47) Quiſtorp, rechtliche Bemerkungen Th. 2, Bem. 35. Danz a. a. O. a. E. und die in Note h. angeführten Schriftſteller. Gensler, Commentar zu Martin's Lehrbuch, von Morſtadt, Bd. 2, S. 233.

48) Glück a. a. O. S. 11 u. 12.

49) Quiſtorp a. a. O. Th. 1, Bem. LXXVII, Nr. 4.

50) Glück a. a. O.

51) Danz a. a. O.

da in der Regel der Vergleich einem rechtskräftigen Beſcheide gleich iſt [52]). Da jedoch dieſe Gleichheit einige Beſchränkungen erleidet [53]), ſo iſt es eine in der Praxis häufig befolgte, zweckmäßige Cautel, die Parteien bei einem ſolchen Vergleiche, der ſofortige Execution zur Folge haben ſoll, zu veranlaſſen, daß ſie der Einrede der ermangelnden Beſcheidsertheilung entſagen. Allein jeder vor Gericht geſtiftete Vergleich, auch ſelbſt die nutzlos gemachten Vergleichsvorſchläge und =Verhandlungen müſſen umſtändlich protokollirt werden [54]), da dieß zugleich das Mittel ausmacht zu beweiſen, daß die Abhaltung des Gütetermines nicht eine bloße Formalität geblieben iſt. Dabei iſt die Frage zur Sprache gekommen, ob unbedingte, im Gütetermine gethane Geſtändniſſe für verbindlich und, wenn jenſeits angenommen, für unwiderruflich zu achten ſeien? Da bloße Anerbietungen zur Beilegung eines Prozeſſes in dieſe Kategorie nicht gehören, ſo iſt kein Grund einer Unverbindlichkeit jener Zugeſtändniſſe vorhanden [55]). Indeß iſt in einigen Landen, namentlich in Sachſen=Weimar [56]), jene Unverbindlichkeit geſetzlich ausgeſprochen.

Die Erfahrung lehrt, daß in Rechtsſtreit verwickelte Parteien ſich ſelbſt friedlich einander ſelten nähern, ſondern daß hierzu in der Regel ein Mittelsmann erforderlich iſt [57]). Die Verhandlungen darüber müſſen zwar um der Vollſtändigkeit willen hier erwähnt, ihre Reſultate, eigentlich nicht hierher gehörig, können jedoch nur hier angedeutet werden. Man hat vorzüglich theils für theils wider die Fähigkeit der Richter zu den Vergleichsverſuchen geſtritten [58]). Unter anderen iſt darüber discutirt worden, ob der Richter aus Bequemlichkeit, um die Prozeſſe zu vermindern, zu ſehr, oder aus Gewohnheit, Alles von der ſtrengrechtlichen Seite anzuſehen, zu wenig für den Vergleich geneigt ſei [59]). Man hat aus dieſen und anderen Gründen theils Mißtrauen gegen, theils Zutrauen in die Gerichte, die Beförderung des Vergleiches betreffend, annehmen zu müſſen geglaubt [60]). Man hat behauptet, die wenige Beförderung der Vergleiche von Seiten der Gerichte ſei die Ur=

---

52) Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse, recta ratione placuit, c. 20. C. de transactionibus. (2. 4.)

53) C. 28. C. eod. vgl. mit c. 8. C. de rebus creditis. (3. 4.) Glück a. a. O. §. 351, S. 39.

54) Grolman und Danz a. a. O. Kori a. a. O. §. 74.

55) Kori a. a. O. §. 75.

56) Ebendaſ. und weimar'ſche Conſtitution v. J. 1723 §. 15.

57) Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, S. 219; Hft. 3, S. 438.

58) Mittermaier a. a. O. S. 165. Civil. Archiv Bd. 19, Hft. 2, Nr. VIII, §. 2, S. 217, §. 6, S. 225, §. 11, S. 236; Hft. 3, Nr. 10, §. 13, Note 2, S. 416, §. 16, S. 425, §. 17 a. E., S. 429; Bd. 20, Hft. 2, Nr. X, S. 309.

59) Puchta a. a. O. S. 323 u. 329. Zeitſchrift für Civilr. und Proz. Bd. 13, Hft. 1, Nr. 1, §. 3, S. 4.

60) Archiv a. a. O. Bd. 19, Hft. 2, §. 12, S. 239 flg. Angef. Zeitſchr. §. 5, S. 14.

ſache der zunehmenden Prozeſſe; man hat dieß geleugnet[61]) und dagegen die Behauptung aufgeſtellt, daß da, wo beſondere Vergleichsbehörden wären, die Prozeßzahl noch weit mehr im Wachſen ſei[62]). Die Gründe gegen die Wirkſamkeit der Richter in dieſer Beziehung haben veranlaßt, daß man eigene Behörden[63]), Vergleichscommiſſarien[64]), hier und da die Gemeindevorſteher[65]), mit den Güteverſuchen beauftragt hat. Namentlich iſt derartiges geſchehen in Dänemark[66]), Norwegen und Schleswig-Holſtein[67]), in Frankreich[68]) (hingegen nicht, wenn auch der franzöſiſche Code de procedure da eingeführt iſt, in Genf[69])), wohl aber in Bern[70]), in Preußen[71]), Würtemberg[72]), Oldenburg[73]), Bayern[74]), Baden[75]). Doch ſind die Stimmen über die Wirkſamkeit und den Erfolg ſolcher beſondern Behörden noch ſehr getheilt[76]), daher auch, trotz vieler Berathungen der Kammern im Großherzogthume Heſſen, dort

---

61) Archiv a. a. O. Bd. 20, S. 314. Angef. Zeitſchr. §. 1, S. 2, §. 3, S. 5, 6 u. 8.

62) Archiv a. a. O. S. 316. Angef. Zeitſchrift S. 10.

63) v. Kettenacker, über die Vergleichsgerichte. Freiburg 1837.

64) Mittermaier a. a. O. S. 170. Archiv a. a. O. S. 308.

65) Archiv a. a. O. Bd. 19, Hft. 3, S. 433. Angef. Zeitſchr. §. 4 a. E., S. 11.

66) Danz a. a. O. §. 149 und die in Note b angez. Schriften. Elvers Themis Bd. 1, Nr. XVI: Ueber öffentliche Vergleichseinrichtungen im allgemeinen, nebſt einer kurzen Darſtellung der däniſchen, norwegiſchen und ſchleswig-holſtein'ſchen u. ſ. w. Archiv a. a. O. Bd. 19, Hft. 2, §. 2, S. 216, §. 10, S. 234; Hft. 3, §. 13, S. 414, §. 17, S. 426 flg.; Bd. 20, Hft. 2, S. 312, 316. Angef. Zeitſchr. S. 10.

67) Archiv a. a. O. Bd. 20, Hft. 2, S. 313; Bd. 19, Hft. 3, §. 14, S. 418.

68) Danz a. a. O. Mittermaier a. a. O. S. 164, 166, 168. Archiv a. a. O. Bd. 20, Hft. 2, S. 313, Note 28 und S. 316; Bd. 11, Hft. 1, S. 148 u. 154.

69) Archiv a. a. O. Bd. 11, Hft. 1, S. 149. Mittermaier a. a. O. S. 173.

70) Archiv a. a. O. Bd. 20, Hft. 2, S. 313.

71) Rumpf, practiſche Anleitung zur Amtsführung der Schiedsmänner u. ſ. w. (Berlin 1839), 2. Ausg. Mende, Hilfs- und Formularbuch u. ſ. w. der Schiedsmänner. Oppeln 1836. Danz, die agrariſchen Geſetze des preuß. Staates Bd. 4. 1838. Schering, die Verordnung für die Schiedsmänner in Brandenburg u. ſ. w. Berlin 1841. Haude, Handbuch für Schiedsmänner. Goldberg und Breslau 1841. Civil. Arch. Bd. 11, Hft. 1, S. 154; Bd. 19, Hft. 2, §. 1, S. 214, 216; Hft. 3, §. 21, S. 434 flg.; Bd. 20, Hft. 2, S. 313. Angez. Zeitſchr. §. 4, S. 7, 8, Note 1 und S. 10.

72) Archiv a. a. O. Bd. 20, Hft. 2, S. 313.

73) Ebendaſelbſt.

74) Mittermaier a. a. O. S. 170. Archiv a. a. O. Bd. 11, Hft. 1, S. 150; Bd. 19, Hft. 2, S. 214 u. 216; Hft. 3, §. 19, S. 431 flg. Vgl. oben Note 65.

75) S. ebendaſ. und Mittermaier a. a. O. Ehrmann, Beiträge zur Lehre des Prozeßrechtes. Mannheim 1837.

76) Archiv a. a. O. Bd. 19, Hft. 3, S. 427. Angef. Zeitſchr. S. 10.

die Einführung eines ſolches Inſtitutes noch ungewiß iſt [77]). Verbeſſerungen des gewöhnlichen richterlichen Sühneverfahrens finden ſich in der hannöveriſchen Prozeßordnung [78]) und in einem im Jahre 1834 herausgekommenen weimar'ſchen Geſetz über das Sühneverfahren. Buddeus.

---

77) Archiv a. a. O. Bd. 20, Hft. 2, S. 307 flg. Verhandlungen der 1. Kammer der Landſt. des Großh. Heſſen im J. 1834, von ihr ſelbſt herausgegeben, Hft. 1 u. 2. Darmſtadt 1834.

78) Art. 48 flg. Archiv a. a. O. Bd. 11, Hft. 1, S. 149.

Ende des Buchſtaben G.

Druck von B. G. Teubner in Leipzig.

Bayerische Staatsbibliothek München

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weiske, Julius, 1801-1877 / Weiske, Julius, / Meier, Moritz Hermann Eduard

Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft

Bd.: 4

Leipzig 1843

BHS VIII A II 2-4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10709887-7